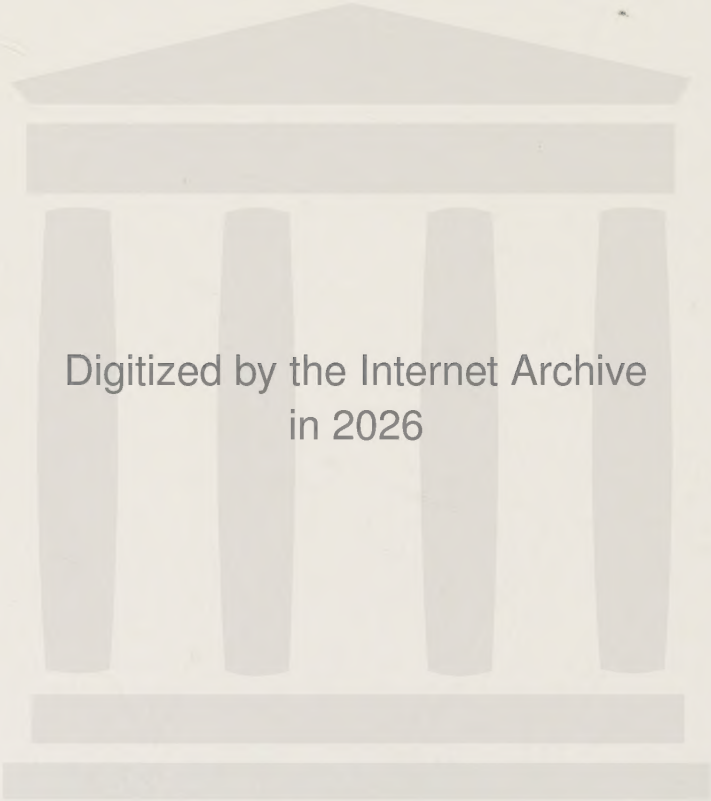
MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN DER STREITVERKÜNDUNG

von

Josef-Adolf Eibner

aus Neugebäu


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538124_0007

MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN DER STREITVERKÜNDUNG

Inaugural - Dissertation

der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von

Josef-Adolf Eibner

aus Neugebäu

Referent: Professor Dr. Max Vollkommer

Dekan: Professor Dr. Helmut Lecheler

Tag der mündlichen Doktorprüfung: 21.07.86

MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN DER STREITVERKÜNDUNG

Inhaltsverzeichnis

		Seite
A. Einleitender Teil:		1
I.	Aufgabenstellung	1
II.	Zur Entstehungsgeschichte der Streitverkündung	3
III.	Das Zweiparteiensystem der ZPO und die Streitverkündung	5
	1. Die prinzipielle Ausrichtung des Zivilprozesses auf zwei Parteien	5
	2. Die Streitverkündung als notwendige Ergänzung des Zweiparteiensystems	7
IV.	Der Streitverkündung ähnliche Institute	8
	1. Der deutschen ZPO	8
	a. Die materielle Rechtskraft	9
	b. Das rechtliche Gehör	11
	c. Die Beiladung gemäß §§ 640e, 666 III ZPO	12
	d. Die Ladung gemäß § 856 III ZPO	14
	2. Anderer deutscher Prozeßordnungen	14
V.	Die "Streitverkündung" in einigen anderen europäischen Ländern	16
	1. In der DDR	17
	2. In Österreich	18
	3. In Frankreich	19

Seite

4. In Italien 20

VI. Die "Streitverkündung" im EWG-Recht 22

B. Hauptteil: 24

I. Sinn und Zweck der Streitverkündung 24
1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur 25
2. Die Interessenlage als Orientierungspunkt: Notlage des Streitverkündenden 26
3. Streitverkündung im öffentlichen oder privaten Interesse? 30

II. Voraussetzungen einer wirksamen Streitverkündung 32
1. Überblick 32
2. Anhängiger "Rechtstreit" 33
a. Allgemein gültige Definition? 33
b. Beweissicherungsverfahren gemäß §§ 485 ff ZPO? 35
c. Kostenfestsetzungsverfahren? 43
3. Art des Drittanspruchs 45
a. Die positivrechtliche Regelung 45
b. Ausdehnung auf Alternativverhältnisse 45
c. Abgrenzung zu Kumulativverhältnissen - Betonung der Alternativität 53
4. Der Begriff "Ungünstiger Ausgang des Rechtstreits" 58
a. Prozeßverlust oder auch Mißerfolg bei der Zwangsvollstreckung? 58
b. Prozeßverlust im Sinne der rechtskräftigen Hauptentscheidung? 60
c. Auch negative Entscheidung im Kostenpunkt? 62

Seite

5. Die subjektive Sicht des Streitverkünders 62
6. Formgültige Streitverkündung 63

III. Weitere Voraussetzungen für den Eintritt der prozessualen Streitverkündungswirkung 64
1. Keine Zurückweisung des Beitritts des Streitverkündeten auf seiten des Streitverkünders 64
2. Rechtskräftige Entscheidung zuungunsten des Streitverkünders 65
a. Rechtskräftige Entscheidung 65
b. Art der Entscheidung - Sachentscheidung 66
c. Inhalt der Entscheidung: Zuungunsten des Streitverkünders im Sinne von Prozeßverlust 67

IV. Die prozessualen Wirkungen der Streitverkündung 70
1. Umfang der Interventionswirkung in subjektiver Sicht 71
a. Beschränkung der Interventionswirkung auf Verhältnis Streitverkünder zu Streitverkündungsempfänger 71
b. Keine Interventionswirkung zugunsten des Streitverkündeten 73
2. Umfang der Interventionswirkung in objektiver Hinsicht 86
a. Erstreckung auf tatsächliche Feststellungen 86
b. Erstreckung auf rechtliche Würdigung? 88
aa. Hinsichtlich Rechtsansichten 88
bb. Hinsichtlich ähnlicher Sachverhalte 90
c. Beschränkung auf tragende Feststellungen des Ersturteils 91

Seite

aa. Interventionswirkung auch hinsichtlich Hauptentscheidung 92
bb. Interventionswirkung bei Unaufklärbarkeit (non liquet)? 93
cc. Keine Interventionswirkung bei sog. "überschießenden Feststellungen" 99
dd. Keine Interventionswirkung bei "Mehrfachbegründungen" des Ersturteils 102
ee. Zusammenfassende Formulierung 106
d. Beschränkung auf Feststellungen, die der Streitverkündete beeinflussen konnte 107
e. Beschränkung der Interventionswirkung durch den Streitgegenstand des Erstprozesses (Teilklageproblematik) 111
f. Keine Interventionswirkung hinsichtlich Sachurteilsvoraussetzungen 120
3. Beachtung der Interventionswirkung von Amts wegen 123
4. Zulässigkeit von Vereinbarungen über Interventionswirkung 128
a. Vereinbarung der Interventionswirkung 129
aa. Tatsachenstoff 130
bb. Präjudizielle Rechtsverhältnisse 132
cc. Verstoß gegen das Prorogationsverbot 136
b. Abdingung der Interventionswirkung 138

V. Die materiellrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung 139
1. Keine Verjährungsunterbrechung bei Klagerücknahme? 140
2. Keine Verjährungsunterbrechung bei tatsächlich günstigem Ausgang des Erstprozesses? 141

Seite

3. Keine Verjährungsunterbrechung bei unzulässiger Streitverkündung 146
4. Keine Verjährungsunterbrechung bei Zurückweisung des Beitritts des Streitverkündeten? 149
5. Streitverkündung statt Klageerhebung im Sinne von §§ 212 Absatz 2, 215 Absatz 2 BGB 150

VI. Rechtsschutz der Betroffenen 151
1. Art des Rechtsmittels bei Zurückweisung des Nebenintervenienten 151
2. Beschwerdebefugnis des Streitverkünders 152

C. Schlußbemerkung 153

A. Einleitender Teil

I. Aufgabenstellung

Das zivilprozessuale Institut der Streitverkündung wird im Gesetz durch genau drei Paragraphen umschrieben [1], ansonsten in der ZPO lediglich in zwei weiteren Bestimmungen erwähnt [2]. Auch außerhalb der ZPO finden sich wenig Bestimmungen, die sich mit der Streitverkündung befassen [3]. Diese betreffen die materiellrechtliche Wirkung der Streitverkündung, die Verjährungsunterbrechnung [4].

Im Gegensatz zu dieser fast spärlichen Ausgestaltung im Gesetz spielt die Streitverkündung in der Praxis der Rechtsanwendung eine gewichtige Rolle. Bei der Schaffung der ZPO war dies möglicherweise nicht zu erkennen. Mit zunehmendem Alter der ZPO zeigte sich jedoch die wachsende Bedeutung der Streitverkündung in der Praxis. Es braucht hier nicht untersucht zu werden, auf welche Grundphänomene diese Entwicklung zurückzuführen ist. Sicherlich geht man nicht fehl, wenn man sie in Verbindung bringt mit dem steigenden Verkehr, der fortschreitenden Spezialisierung der Wirtschaft und der wachsenden Bevölkerungsdichte [5]. Man möchte meinen, daß sich dieser Zuwachs an Bedeutung, den die Streitverkün-

---

1) §§ 72 bis 74 ZPO
2) §§ 641b, 841 ZPO
3) Etwa §§ 219, 215 BGB, 414, 423, 439 HGB
4) Man kann diese Wirkung auch als einzige materiellrechtliche Wirkung bezeichnen, da die in § 941 BGB angesprochene Ersitzungsunterbrechung gänzlich bedeutungslos ist
5) Man ist geneigt, sich an Ortega y Gasset, Der Aufstand der Massen, zu erinnern

dung in der Praxis erfahren hat, in der Literatur niederschlagen müßte. Doch wird diese Erwartung nicht erfüllt. Es gibt vielmehr bis auf den heutigen Tag keine einzige monographische Abhandlung, die allgemein und allein das Institut der Streitverkündung zum Thema hat [5a]. Dies ist umso erstaunlicher, als mehrere Arbeiten vorliegen, die sich monographisch mit der Nebenintervention beschäftigen [6], obwohl die Nebenintervention im Vergleich zur Streitverkündung in der Praxis eine untergeordnete Rolle spielt [7]. Damit gleichlaufend ist in der Literatur die Neigung zu erkennen, die Probleme der Streitverkündung aus der Sicht des Streitverkündeten (des später Beitretenden) zu sehen und nicht aus der Sicht des Streitverkündenden, wie es sich eigentlich aufdrängt [8]. Daß dies der Lösung der vielfachen Probleme der Streitverkündung nicht zuträglich ist, liegt auf der Hand.

Diese Arbeit stellt einen Versuch dar, dem oben beschriebenen Defizit [9] abzuhelfen, nämlich in einer Art Gesamtschau das Streitverkündungsrecht, das großteils Richterrecht ist [10], darzustellen und kritisch zu untersuchen. Dabei soll insbesondere Beachtung finden, daß die angebotenen bzw. anzubietenden

---

5a) Siehe allerdings nunmehr die Aufsatzreihe von Bischof mit wertvollen Hinweisen für die Praxis.

6) Etwa Stahl, Wieser, Schwanecke

7) So auch Schwanecke, S. 26, Fn 46, Lammenett, S. 8

8) Insoweit bildet die Arbeit von Häsemeyer in ZZP 84, 179 eine gewisse Ausnahme, als dort versucht wird, die Zulässigkeit der Nebenintervention über § 72 ZPO, also einer Regelung des Streitverkündungsrechts, zu bestimmen.

9) Dazu auch Werres NJW 1984, 208

10) Wieser ZZP 79, 246, 260

Lösungen zu Problemen der Streitverkündung untereinander und vor allem auch mit dem übrigen Zivilprozeßrecht in Einklang stehen bzw. zu bringen sind.

II. Zur Entstehungsgeschichte der Streitverkündung

Das Institut der Streitverkündung entstammt dem römischen Prozeßrecht [11], wurde jedoch auch vom gemeinen Recht geprägt [12]. Modell gestanden hat die litis denuntiatio des römischen Rechts [13], während aus dem gemeinen Recht die Adcitation [14] auf die Ausgestaltung der Streitverkündung Einfluß genommen hat. So findet sich beispielsweise noch in der Badischen Prozeßordnung vom 31.12.1831 [15] neben den Bestimmungen der Streitverkündung (§§ 112 bis 117) eine über die Adcitation (§ 118). Die Allgemeine Bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover vom 04.12.1847 [16] verbietet in § 24 den "Zwang gegen einen Dritten zur Theilnahme an einem Processe (sog. Adcitation)". Die Bayerische Prozeßordnung vom 01.02.1869 [16a] kennt den Begriff der Adcitation nicht, sondern bringt anschließend an die Bestimmungen über die Streitverkündung und Gewährschaftsklage in den Artikeln 69 bis 72 einen Artikel, wonach die Beiladung eines Dritten nur in dem durch das Gesetz vorgesehenen Falle stattfindet. Eine Weiterentwicklung hinsichtlich der Streitverkündung ist

---

11) Weismann § 112 V
12) Ritter S. 61
13) Hierzu Bayer S. 144
14) Hierzu Bayer S. 142
15) Dahlmanns, Band 3
16) Dahlmanns, Band 1, S. 57
16a) Dahlmanns, Band 4

im Entwurf einer Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten von 1866 [17] zu sehen. Die Begriffe Adcitation und Gewährschaftsklage erscheinen überhaupt nicht mehr, hinsichtlich der Beiladung ist eine dem Artikel 73 der Bayerischen Prozeßordnung entsprechende Regelung in § 65 vorgesehen, die Streitverkündung ist in einem einzigen Paragraphen, nämlich im § 61, geregelt. Bemerkenswert erscheint, daß die Bestimmung keine Regelung trifft für den Fall, daß der Streitverkündete dem Rechtsstreit nicht beitritt. Diese Konstellation ist schon bedacht im Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung, bearbeitet im Königlich-Preußischen Justizministerium, von 1871 (Preußischer Justizministerialentwurf von 1871) [18], der die Streitverkündung in den §§ 67 bis 70 normiert. Der Entwurf einer Civilprozeßordnung, der am 29.10.1874 dem Deutschen Reichstag vorgelegt wurde, enthält in den §§ 68 bis 70 wörtlich die Regelungen des Preußischen Justizministerialentwurfs von 1871 hinsichtlich der Streitverkündung, wenn man davon absieht, daß die bedeutungslose Bestimmung des § 70 nicht mehr aufgenommen wurde. In der ZPO vom 30.01.1877 wurden diesen Bestimmungen des Entwurfs die §§ 69 bis 71 zugeordnet. Durch das Gesetz vom 17.05.1898 (RGBl 189), das im übrigen bedeutende Änderungen brachte, erhielten die Bestimmungen über die Streitverkündung ihre noch

---

17) Dahlmanns, Band 2, S. 59

18) Dahlmanns, Band 2, S. 251

heute geltende Paragraphenbezeichnung §§ 72 bis 74. Diese Bestimmungen selbst wurden seit dem Inkrafttreten der ZPO nicht mehr geändert. Einzig im Jahr 1964 wurde im Zuge einer Teilnovellierung der ZPO beim Bundesministerium der Justiz eine Kommission für das Zivilprozeßrecht gebildet, die auch Änderungsvorschläge hinsichtlich der Streitverkündung einbrachte. Die von dieser Kommission vorgelegten Gesetzesvorschläge [19] enthielten dann jedoch lediglich eine Abänderung des § 72 ZPO dahingehend, daß die Worte "auf Gewährleistung oder Schadloshaltung" gestrichen wurden [20]. Gesetz wurde diese vorgesehene Änderung nur deswegen nicht, weil die Rechtsprechung den § 72 ZPO längst so ausgelegt hatte, als ob die beabsichtigte Streichung schon vorgenommen worden wäre [21].

III. Das Zweiparteiensystem der ZPO und die Streitverkündung

1. Die prinzipielle Ausrichtung des Zivilprozesses auf zwei Parteien

Der geltende Zivilprozeß ist vom Zweiparteienprinzip beherrscht [22], d.h. er trägt konzeptionell der Tatsache Rechnung, daß genau zwei Parteien vor Gericht erscheinen

---

19) Materialien des Bundesjustizministeriums vom 17.11. 1967

20) Bruns, Die Erweiterung S. 115

21) Bruns, Die Erweiterung S. 116

22) Bruns, Die Erweiterung S. 111; Zöller/Vollkommer Vor § 50 Rz 1

und eine Entscheidung fordern, die nur sie betrifft. Dies ist nicht denknotwendig so, wenngleich Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum das Zweiparteienprinzip als Denknotwendigkeit behandeln [23]. Von größerem Wirkungsgrad erschiene auf den ersten Blick ein Verfahren, in dem bei Zuziehung aller materiell Betroffenen gewissermaßen schlagartig über alle wechselseitigen Rechte und Pflichten mit Gesamtwirkung für und gegen alle entschieden würde. Man denke etwa an einen Schadensfall, bei dem mehrere als Nebentäter einen seinerseits Mitschuldigen geschädigt haben [24]. Mit solch einem Gesamtverfahren haben wir es bei der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zu tun, die kein durch die Parteirolle festbestimmtes Parteienverhältnis kennt [25]. Naturgemäß ist diesem Verfahren der Begriff der Partei fremd, an dessen Stelle tritt der Begriff des Beteiligten [26]. Es ist für die hier zu erörternden Fragen ohne Bedeutung, aus welchen Gründen sich der deutsche Gesetzgeber, soweit es den Zivilprozeß angeht, für die rigorose Grundkonzeption des Zweiparteienprinzips entschieden hat. Es kann auch dahinstehen, ob man dieses Zweiparteienprinzip als genial wie nach Goethes Urteil das Prinzip der doppelten Buchführung bezeichnen darf [27]. Entscheidend ist, daß dem geltenden Zivilprozeß das Zweiparteienprinzip zugrunde liegt. Der Gesetzgeber hat bewußt "die notwendige Vereinigung aller

---

23) Graßhoff ZZP 60, 242, 246

24) Zu den hierbei auftretenden Problemen siehe Eibner JZ 1978, 50

25) Siehe Jansen § 13 Rz 2; Schlegelberger § 13 Rz 1; Pikart/Henn C I

26) Bärmann § 8 II

27) Bruns, Die Erweiterung S. 111

Interessen, hat sogar die ihr dienende Adcitation verworfen. Er läßt zwei Parteien zum Prozeß genügen" [28].

Die in §§ 59 bis 63 ZPO geregelte Streitgenossenschaft stellt keine Durchbrechung des Zweiparteienprinzips dar. Es handelt sich hierbei um die Verbindung mehrerer Einzelprozesse zu einem einzigen Prozeß aus Zweckmäßigkeitsgründen [29], wobei die verbundenen Einzelprozesse derart selbständig bleiben, daß jeder Streitgenosse nur seinen Prozeß führt [30]. Dies gilt nicht nur für die einfache, sondern auch für die notwendige Streitgenossenschaft, allerdings mit Variationen, die sich aus der Natur der notwendig einheitlichen Sachentscheidung ergeben.
Selbstverständliche Folge des Zweiparteienprinzips ist die Unzulässigkeit des "Insichprozesses" [31]. Ein Prozeß, in dem sich nicht mindestens zwei verschiedene Parteien gegenüberstehen, darf nicht geführt werden.

2. Die Streitverkündung als notwendige Ergänzung des Zweiparteiensystems

Es ist nicht schwer zu erkennen, daß das in der ZPO rigoros gehandhabte Zweiparteienprinzip [32] dann Probleme aufwerfen muß, wenn die Interessen mehrerer Personen derart eng miteinander verflochten sind, daß

---

28) Mendelsohn-Bartholdy S. 319
29) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Übersicht 1 vor § 59
30) Rosenberg/Schwab § 49 III 1
31) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundzüge § 50 Anmerkung 2 F
32) Graßhoff ZZP 60, 242; Brüggemann ZZP 81,458;Ritter S.75

wegen der Beschränkung der Urteilswirkung auf die Parteien eines Prozesses (Rechtskraft) ein Nebeneinander oder Nacheinander von Prozessen ohne verklammerndes Element keine ganzheitliche und damit befriedigende Betrachtung zuläßt. Dies trifft insbesondere in allen Fällen des § 72 ZPO zu. Ohne die in § 74 ZPO angeordnete Streitverkündungswirkung würde das Zweiparteienprinzip und die daraus resultierende Beschränkung der Rechtskraft auf die beiden Prozeßparteien dazu führen, daß zu Lasten einer Partei Urteile ergehen, die sich diametral widersprechen. Wenn eine Partei, wie es in § 72 ZPO heißt, für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Erstprozesses einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen einen Dritten hat und sowohl den Erstprozeß wie auch den Folgeprozeß gegen den Dritten verliert, so erscheint dies als eine nicht akzeptable Konsequenz des Zweiparteienprinzips. Insofern ist die Streitverkündung in Verbindung mit der Nebenintervention eine notwendige Korrektur und Ergänzung des Zweiparteienprinzips. Dies läßt sich anschaulich in folgendem Diagramm darstellen:

Zweiparteienprinzip ⇢ Rechtskraft ⟶ Streitverkündung

IV. Der Streitverkündung ähnliche Institute

1. Der deutschen Zivilprozeßordnung

a. Die materielle Rechtskraft

Es liegt wegen der ähnlichen Wirkungen - gemeint sind hinsichtlich der Streitverkündung lediglich die prozessualen - nahe, das Institut der Streitverkündung mit der materiellen Rechtskraft zu vergleichen. In der Literatur findet sich demnach eine Vielzahl von Äußerungen und Feststellungen. Die Bandbreite der Meinungen reicht von der Erklärung, die Interventionswirkung sei volle, unbeschränkte Rechtskraft [33], bis zur Behauptung, sie sei von der Rechtskraft verschieden [34]. Innerhalb dieses Spektrums finden sich die Ansichten, die Interventionswirkung sei der Rechtskraft ähnlich [35], sie bestehe in einer rechtskraftähnlichen Bindungswirkung im Folgeprozeß [36] oder sei beschränkte Rechtskraft, wenn man von einem allgemeineren über § 322 ZPO hinausgehenden Begriff der Rechtskraft ausgeht [37].

Daß die Interventionswirkung nicht Rechtskraft ist, ergibt sich schon daraus, daß einerseits die Interventionswirkung weitergehend als die Rechtskraft nicht nur die Entscheidung über den prozessualen Anspruch, sondern auch die Richtigkeit der Entscheidung erfaßt, andererseits die Interventionswirkung nach herrschender Meinung einschränkend und im Gegensatz zur

---

33) Mendelsohn-Bartholdy S. 396; RGZ 77, 360, 363

34) Rosenberg/Schwab § 47 IV 6 c; Martens ZZP 85, 77; Häsemeyer ZZP 84, 186; Schwanecke S. 128

35) Thomas/Putzo § 68 Anmerkung 1

36) Zöller/Vollkommer § 68 Rz 1

37) Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 2

Rechtskraft nur den Streitverkündeten bindet. Diese Unterschiede hat bereits Schwab [38] zutreffend herausgestellt und damit die Interventionswirkung von einer Drittwirkung der Rechtskraft abgegrenzt.
Doch auch die Feststellung, die Interventionswirkung sei ähnlich der Rechtskraft, ist problematisch, zumindest wenig aussagekräftig. Sie ist allenfalls tauglich für eine erste Charakterisierung und Standortbestimmung. Zwar ist beiden Instituten gemeinsam, daß sie über eine unanfechtbare Entscheidung eine Bindung der Betroffenen herbeiführen. Doch kann dies nicht ausreichen, um den Begriff der Ähnlichkeit zu rechtfertigen. Denn Sinn und Zweck der beiden Institute unterscheiden sich zumindest nach der hier vertretenen Ansicht [39] gravierend. Die Rechtskraft dient der Rechtssicherheit, die durch die Streitverkündung ausgelöste Interventionswirkung der Einzelfallgerechtigkeit.
Unbrauchbar erscheint die Formulierung, die Interventionswirkung sei beschränkte Rechtskraft, da der Begriff der allgemeinen Rechtskraft der ZPO fremd und daher nicht faßbar ist.
Damit erweist sich die Streitverkündung, was die Wirkung angeht, als von der Rechtskraft verschieden. Auf der anderen Seite stehen diese beiden Institute nicht beziehungslos nebeneinander. Dies kommt bereits im § 72 ZPO zum Ausdruck, wo von rechtskräftiger Entscheidung

---

38) Schwab ZZP 77, 124, 143
39) Siehe B.I.

des Rechtsstreits die Rede ist. Inwieweit zwischen diesen Instituten eine Abhängigkeit besteht, wird weiter unten [40] untersucht werden. Unter Vorwegnahme der dortigen Ausführungen kann hier soviel gesagt werden, daß die Streitverkündung als notwendige Folge und Ergänzung der materiellen Rechtskraft angesehen werden muß [41]. In diesem Zusammenhang darf an das bereits oben skizzierte Diagramm erinnert werden:

Zweiparteienprinzip → Rechtskraft —→ Streitverkündung

b. Das rechtliche Gehör

Da der Streitverkündete infolge der Interventionswirkung durch die Entscheidung des Erstprozesses in seiner Rechtslage betroffen wird, hat er Anspruch auf rechtliches Gehör [42]. Dieses wird dadurch gewährleistet, daß ihm im Erstprozeß die Möglichkeit des Beitritts als Nebenintervenient geboten wird. Da die Einflußmöglichkeiten des Streitverkündeten als Nebenintervenient durch § 67 ZPO begrenzt sind auf solche Erklärungen und Handlungen, die mit denen der Hauptpartei nicht in Widerspruch stehen, mußte auch die Interventionswirkung diesbezüglich eine Beschränkung erfahren: Nach § 68 HS 2 ZPO tritt Interventionswirkung insoweit nicht ein, als der Streitverkündete durch

---

40) Siehe B.I.2.

41) So auch in etwa Rosenberg/Schwab § 47 IV 6 b

42) Rosenberg/Schwab § 85 II; Zöller/Stephan Vor § 128 Rz 3

Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen. Es ist damit erkennbar, daß das verfassungsrechtliche Gebot des rechtlichen Gehörs letztlich verantwortlich ist für die Möglichkeit des Beitritts als Nebenintervenient und auch für die Begrenzung der prozessualen Streitverkündungswirkung. Diese Abhängigkeit läßt sich in Erweiterung des obigen Diagramms anschaulich wie folgt darstellen:

Zweiparteienprinzip ⟶ Rechtskraft ⟶ Streitverkündung
⟶ Nebenintervention (Rechtliches Gehör)

c. Die Beiladung gemäß §§ 640e, 666 III ZPO

Die Beiladung geht im Gegensatz zur Streitverkündung vom Gericht aus. Sie dient lediglich dazu, dem sachlich unmittelbar Mitbetroffenen (wegen § 640h bzw. 672 ZPO) rechtliches Gehör zu verschaffen und so Gelegenheit zum Beitritt als Nebenintervenient zu geben [43]. Eine irgendwie geartete Interventionswirkung, die allein durch die Beiladung ausgelöst wurde, findet nicht statt [44].

---

43) So etwa Zöller/Philippi § 640e Rz 1, § 666 Rz 3
44) aA wohl Schlosser S. 214; Grunsky § 30 III 1

In dem Zusammenhang taucht die Frage auf, ob nicht schon unabhängig von diesen Bestimmungen Artikel 103 des Grundgesetzes von sich aus eine Pflicht des Gerichts normiert, einen Dritten, dessen Rechte durch eine gerichtliche Entscheidung unmittelbar beeinträchtigt werden, "beizuladen". Das Bundesverfassungsgericht hat dies in einer Entscheidung vom 09.02.1982 [45] in einem konkreten Fall bejaht [45a]. Danach werden dann, wenn ein Gesellschafter Auflösungsklage gegen eine GmbH erhebt (§ 61 GmbHG), dessen Mitgesellschafter in ihrem Recht auf rechtliches Gehör verletzt, wenn über die Klage entschieden wird, ohne daß die Mitgesellschafter von ihr Kenntnis und damit Gelegenheit haben, dem Rechtsstreit beizutreten. Diese Entscheidung kann natürlich auch für die Partei nicht ohne Konsequenzen bleiben. Wenn es auch für die Parteien keine Pflicht zur Benachrichtigung der durch die gerichtliche Entscheidung unmittelbar Mitbetroffenen statuiert, so wird es doch im Interesse einer Partei, die ein Urteil erstrebt, liegen, die, die rechtliches Gehör zu beanspruchen haben, beiladen zu lassen. Tut sie das nicht, so riskiert sie die Aufhebung des erstrittenen Urteils.

---

45) BVerfGE 60, 7

45a) Marotzke ZZP 98, 458, 459 spricht daher treffend von der Einführung einer Art "notwendige Beiladung", wie wir sie vom Verwaltungsprozeß her kennen (§ 65 II VwGO).

d. Die Ladung gemäß § 856 III ZPO

§ 856 III ZPO normiert die Pflicht des Drittschuldners, bisher am Verfahren nicht beteiligte Gläubiger vor Gericht laden zu lassen und damit diesen die Möglichkeit zu geben, sich am Verfahren zu beteiligen. Der beitretende Gläubiger wird jedoch nicht Nebenintervenient, sondern Partei [46].

2. Anderer deutscher Prozeßordnungen

In der VwGO, dem SGG und der FGO gibt es ein einheitliches Institut der Drittbeteiligung, die Beiladung, geregelt in den §§ 65 VwGO, 75 SGG und 60 FGO, wobei es genügt, die Beiladung der VwGO zu betrachten, da die Beiladung des SGG und der FGO der der VwGO nachgebildet ist, wie sich auch den in den wesentlichen Punkten übereinstimmenden Formulierungen entnehmen läßt [47].

Die Beiladung geht zunächst vom Gericht aus, kann aber auch von einer Partei erzwungen werden [48]. Dies ergibt sich aus §§ 146 I, 65 I, III VwGO, da danach eine Partei

---

46) Lammenett S. 14; Roßmann S. 42
47) Lammenett S. 9
48) Siehe dazu auch Grunsky § 30 I 1

den Antrag auf Beiladung eines Dritten stellen kann, und gegen einen ablehnenden Beschluß die Beschwerdemöglichkeit eröffnet ist [49].

Weder der einfach noch der notwendig Beigeladene erlangen Parteistellung, sondern lediglich die Rechtsstellung eines Beteiligten [50].

Obwohl im § 121 VwGO für die Beigeladenen nicht von einer über die materielle Rechtskraft hinausgehenden Wirkung die Rede ist, wird doch allgemein angenommen, daß die im § 121 VwGO angeordnete Bindungswirkung für die Beigeladenen im objektiven Bereich den gleichen Umfang hat wie die Interventionswirkung nach §§ 74 III, 68 ZPO [51]. Als Begründung wird hierfür angegeben, daß die Vorschrift über die einfache Beiladung diejenigen Sachverhalte regeln will, für die die ZPO die Nebenintervention und die Streitverkündung vorsieht [52]. Daraus wiederum schließt man, daß Nebenintervention und Streitverkündung im Verwaltungsprozeß nach der VwGO unzulässig sind [53].

Während die prozessuale Streitverkündungswirkung nur im Verhältnis Streitverkünder zum Streitverkündeten eintritt und zwar nach der herrschenden Meinung lediglich zu Lasten des letzteren, betrifft die Bindung,

---

49) Lammenett S. 10

50) Eyermann-Fröhler § 65 Rz 1, § 66 Rz 16; Lammenett S. 120

51) Grunsky § 30 I 2; Lammenett S. 165

52) Grunsky § 30 I 1, S. 288

53) Grunsky § 30 I 1, S. 288

die von der Beiladung ausgeht, alle Beteiligten uneingeschränkt und unabhängig davon, ob sie sich im konkreten Fall zu Lasten oder zugunsten eines Beteiligten auswirkt [54].

V. Die "Streitverkündung" in einigen europäischen Ländern

Ein Blick auf der deutschen Streitverkündung ähnliche Institute des ausländischen Rechts ist nicht nur von allgemeinem Interesse, weil es im Sinne der Chancen jeder Rechtsvergleichung ein "vertieftes Verständnis des heimischen Rechts" und die "Vermittlung von kritischen Maßstäben zu seiner Verbesserung" verspricht [55], sondern ist auch hilfreich, ja geradezu unabdingbar bei der Beantwortung der Frage, ob eine in einem ausländischen Verfahren ausgebrachte Streitverkündung im Inland Wirkungen zeitigt, z.B. Verjährungsunterbrechung herbeiführt. Eine solche Wirkung wird nämlich der im Ausland eingeleiteten Streitverkündung nur dann zugebilligt, wenn die "Streitverkündung" dieses Landes der deutschen Streitverkündung wesensgleich ist, d.h. eine der deutschen ähnliche Interventionswirkung besitzt [56].

---

54) Lammenett S. 166; Eyermann/Fröhler § 66 Rz 14

55) Aubin/Zweigert S. 27; so auch Ritter S. 61

56) Milleker ZZP 80, 288, 293; Rosenberg/Schwab § 48 II 1

Im folgenden sei in gebotener Kürze auf das "Streitverkündungsrecht" der DDR, Frankreichs, Italiens und Österreichs eingegangen [57].

1. In der DDR

Das der Streitverkündung entsprechende Institut trägt in der ZPO der DDR [58] die Bezeichnung "Einbeziehung einer weiteren Prozeßpartei" und ist in § 35 geregelt. Danach kann auf Antrag einer Prozeßpartei oder auf Antrag eines Dritten dieser als Kläger oder Beklagter in das Verfahren miteinbezogen werden, wenn sich für eine Prozeßpartei bei einem für sie ungünstigen Ausgang des Verfahrens Ansprüche gegen diesen Dritten ergeben. Dabei kann über die Rechtsbeziehungen zwischen den Einbezogenen und einer Prozeßpartei auf deren Antrag mitentschieden werden.
Die hier beschriebene Beteiligung eines Dritten hat mit der Streitverkündung der deutschen ZPO nichts zu tun. Sie stellt, wie es auch der Name sagt, die Einbeziehung eines Dritten als Prozeßpartei dar und ist mit der Garantieklage zu vergleichen, wie es sie im französischen Zivilprozeßrecht gibt [59].

---

57) Zur Streitverkündung in anderen Ländern siehe Milleker ZZP 80, 288, 296

58) Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Zivil-, Familien- und Arbeitsrechtssachen vom 19.06.1975, veröffentlicht im Gesetzblatt der DDR 1975 I S. 533

59) Siehe etwa unten V.3.

2. In Österreich

Wie in der deutschen ist auch in der österreichischen ZPO [60] die Streitverkündung im dritten Titel des ersten Abschnitts unter der Bezeichnung "Beteiligung Dritter am Rechtsstreit" geregelt und zwar in § 21. Diese Streitverkündung entfaltet jedoch nicht die der deutschen immanenten Wirkungen (Interventionswirkung, Unterbrechung der Verjährung); sie ist lediglich ein Mittel, um einen Dritten über einen bevorstehenden oder bereits anhängigen Rechtsstreit zu informieren und ihn eventuell zum Beitritt zwecks Unterstützung des Streitverkünders zu bewegen. Weitere prozeßrechtliche Wirkungen knüpfen sich an die Streitverkündung nicht [61], einzig in Sonderfällen [62] unterbricht die Streitverkündung gleich der Klage die Verjährung [63]. In der neueren Literatur [64] werden der österreichischen Streitverkündung prozeßrechtliche Bindungswirkungen zugebilligt und damit begründet, daß der Streitverkündete die Gelegenheit zum rechtlichen Gehör hätte nutzen können.

---

60) Gesetz vom 01.08.1895 (RGBl. Nr. 113) über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

61) Fasching, Kommentar, § 21 Anmerkung 1; Fasching, Lehrbuch, Rz 415

62) Z.B. § 71 II Wechselgesetz

63) Fasching, Kommentar, § 21 Anmerkung 2

64) Reischauer ÖJZ 1979, 57, 62; Holzhammer S. 90; wohl schon Petschek/Stagel S. 309; so auch Milleker ZZP 80, 288, 296

3. In Frankreich

Im französischen Zivilprozeßrecht gibt es drei Arten der unfreiwilligen Beteiligung Dritter, die als l´ intervention forcêe [65] bezeichnet wird, nämlich die "mise en cause", die "demande incidente en garantie" (auch "assignation en garantie" genannt) und die "declaration de jugement commun" (auch "declaration d´ arrêt commun") [66]. Bei den beiden ersten handelt es sich um echte Garantieklagen, die demnach mit einem Urteil zu Lasten oder zugunsten des Dritten enden. Bei der zuletzt Genannten wird der Dritte nicht über das Urteil in den Prozeß miteinbezogen, es tritt vielmehr eine Art Rechtskrafterstreckung dergestalt ein, daß der Dritte das Urteil gegen sich gelten lassen muß. Die Frage freilich, wie weit diese Rechtskrafterstreckung reicht, ob sie etwa auch die im Urteil enthaltenen Tatsachenfeststellungen erfasst, ist im französischen Recht noch nicht ausdiskutiert [67]. Jedenfalls liegt es nahe, die "declaration d´arrêt commun" als das mit der deutschen Streitverkündung vergleichbare Institut zu bezeichnen [68]. Der wohl gravierendste Unterschied zwischen den beiden Instituten besteht darin, daß im

---

65) Nunmehr in Artikel 331 bis 338 des Nouveau Codee de Procedure Civile, in Kraft getreten mit Dekret vom 05.12.1975 zum 01.01.1976, geregelt

66) Milleker ZZP 84, 91, 95

67) Milleker ZZP 84, 91, 96

68) Milleker ZZP 84, 91, 97

französischen Recht der Dritte Partei des Rechtsstreits wird, so daß er eigene und von denen der Hauptpartei völlig unabhängige Anträge stellen kann.

4. In Italien

Das dem deutschen Institut der Streitverkündung in der italienischen Zivilprozeßordnung, der Codice di Procedura Civile [69], entsprechende Institut wird in Artikel 106 2. Alternative geregelt und läßt sich in deutscher Übersetzung [70] als Zwangsintervention auf Parteigesuch [71] bezeichnen. Danach kann eine Partei einem Dritten den Streit verkünden, wenn sie von ihm Garantie verlangt. Gemäß Artikel 269 hat dabei die Partei den Dritten über eine Klageschrift zur ersten Verhandlung vorzuladen, auf die wiederum dieser wie eine beklagte Partei zu erwidern hat. Dadurch wird der Dritte nach herrschender Auffassung in der italienischen Literatur und Rechtsprechung [72] nicht nur Beklagter in dem nun in Szene gesetzten Prozeß gegen den Streitverkünder (Garantieprozeß), sondern auch als Streitgenosse des Streitverkünders Partei im Erstprozeß. Das in diesem Prozeß ergehende Urteil bindet demnach

---

69) In Kraft nach dem Königlichen Dekret vom 28.10.1940
70) Italienisch: Intervento coatto su istanza di parte
71) Ritter S. 61, 64
72) Ritter S. 61, 64

auch den Dritten [73]. Im übrigen ist der Garantieprozeß mit dem Erstprozeß derart verbunden, daß er gleichzeitig mit diesem abläuft. Auch dadurch ist dafür gesorgt, daß das Urteil des Garantieprozesses nicht dem des Erstprozesses widerspricht.

Der kurze summarische Überblick hat gezeigt, daß es lediglich in Frankreich eine der deutschen Streitverkündung vergleichbare Einrichtung gibt, die allerdings kaum entwickelt und daher in der Praxis unbedeutend ist. In Italien, der DDR und auch in Frankreich wird von der einschlägigen ZPO zur Bewältigung der Probleme, die von der deutschen Streitverkündung gelöst werden, ein gänzlich anderer Weg gegangen. Der Dritte wird als Partei in den Prozeß miteinbezogen, so daß ihn auch die Urteilswirkungen treffen. Verbunden mit diesem Hauptprozeß kann auf Antrag auch gleichzeitig das Verfahren zwischen dem Dritten und einer Partei des Hauptprozesses ablaufen (Garantieprozeß), so daß schon von daher sichergestellt ist, daß sich die beiden Urteile nicht widersprechen. Damit erweist sich die deutsche Streitverkündung als Singularität. Die Zivilprozeßordnungen der genannten

---

73) Ritter S. 61, 65

Länder erreichen mit anderen untereinander ähnlichen Mitteln fast dasselbe, was die deutsche Streitverkündung erstrebt: Die Ausdehnung der Wirkungen des Ersturteils auf den Regreßprozeß.

VI. Die "Streitverkündung" im EWG-Recht

Da mehrere EWG-Mitgliedsstaaten, wie oben an den Beispielen Frankreich, Italien und Deutschland gezeigt, zur Erreichung des Ziels, die Wirkungen des Ersturteils auf den Regreßprozeß auszudehnen, vom Grundsatz her verschiedene Lösungen anbieten, war zu erwarten, daß diese Tatsache bei der Problematik der gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung von richterlichen Entscheidungen gesondert berücksichtigt werden mußte. Dies geschah tatsächlich auch im EWG-Abkommen vom 27.09.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [74]. In Artikel 6 Ziffer 2 dieses Abkommens wird für eine Klage auf Gewährleistung oder für eine Interventionsklage das Gericht des Hauptprozesses für zuständig erklärt, es sei denn, daß die Klage nur erhoben worden ist, um die verklagte

---

74) BGBl 1972 II S. 773; abgedruckt auch in Zöller, S. 2540; dieses Übereinkommen ist im Verhältnis zu Belgien, Frankreich, Italien, Luxemburg und Niederlande in Kraft seit 01.02.1973 (BGBl 1973 II S. 60), im Verhältnis zu Dänemark, Griechenland und Irland noch nicht in Kraft, da Beitrittsübereinkommen vom 09.10.1978 noch nicht ratifiziert ist

Person dem für sie zuständigen Gericht zu entziehen. Bei der hier erwähnten Gewährleistungsklage handelt es sich um eine Klage, die der Beklagte in einem Rechtsstreit gegen einen Dritten zum Zwecke der eigenen Schadloshaltung wegen der Folge dieses Rechtsstreits erhebt [75]. Dieser Begriff ist identisch mit der Garantieklage, wie er oben [76] erwähnt ist. Diese Art der Klage ist dem deutschen Recht fremd, neben dem französischen und italienischen Recht bekannt im belgischen, luxemburgischen und niederländischen Recht [77]. Die Interventionsklage ist im Vergleich zur Gewährleistungsklage der umfassendere Begriff. Eine Definition findet sich in Artikel 15 der belgischen Gerichtsordnung, wonach durch die Interventionsklage ein Dritter Prozeßpartei wird [78].

Wegen der singulären Stellung der deutschen Streitverkündung innerhalb der Zivilprozeßordnungen der EWG-Mitgliedsstaaten war eine Sonderregelung notwendig. So wurde folgerichtig in Artikel V des Protokolls vom 27.09.1968 [79] festgehalten, daß einerseits die in Artikel 6 Ziffer 2 des Abkommens für eine Gewährleistungs- oder Interventionsklage vorgesehene Zuständigkeit in der Bundesrepublik Deutschland nicht

---

75) Jenard-Bericht, S. 2133, 2152, abgedruckt in Zöller, ZPO, 12. Auflage, Köln 1979

76) Siehe V.3.

77) Jenard-Bericht wie oben Fn 75

78) Jenard-Bericht wie oben Fn 75

79) Abgedruckt in Zöller S. 2551

geltend gemacht werden kann, andererseits die Wirkungen, welche die in der Bundesrepublik Deutschland ergangenen Entscheidungen nach den §§ 68, 72 bis 74 ZPO gegenüber Dritten haben, auch in den anderen Vertragsstaaten anerkannt werden.

B. Hauptteil

I. Sinn und Zweck der Streitverkündung

Wie es sich später zeigen wird, ist es für die Lösung vieler Grenzprobleme des Streitverkündungsrechts von entscheidender Bedeutung, welche Aufgaben man dem Institut der Streitverkündung zumißt.
Weder den äußerst knapp geratenen Bestimmungen der §§ 72 ff ZPO des Gesetzestextes noch den spärlichen Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, welche Aufgabe man der Streitverkündung zugedacht hat [80]. Dies ist freilich nicht verwunderlich, denn es war bei der

---

80) Siehe Wieser ZZP 79, 246, 260

Schaffung der ZPO kaum vorauszusehen, welche Bedeutung der Streitverkündung einmal zukommen würde. Lediglich soviel läßt sich sagen, daß der Gesetzgeber den Zeichen der Zeit folgend eher einem extensiven Einsatz des Instituts der Streitverkündung zuneigt als einem restriktiven. So wurde in den Gesetzgebungsarbeiten zur Novelle der deutschen ZPO des Bundesjustizministeriums vom 17.11.1967 vorgeschlagen, in § 72 den einschränkenden Text "auf Gewährleistung oder Schadloshaltung" wegzulassen. Daß der Gesetzestext dann doch nicht derartig abgeändert wurde, lag daran, daß man eine Korrektur deswegen nicht für notwendig ansah, da die Rechtsprechung bereits lange vorher und ständig den Gesetzestext so ausgelegt hatte (siehe auch A.II.).

1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Das Reichsgericht hat als den Zweck der Bestimmungen der ZPO über die Streitverkündung "die Verringerung der Prozesse und die Meidung sich widersprechender Ergebnisse" angesehen [81]. Dem hat sich der Bundesgerichtshof ohne weiteres angeschlossen [82]. Auch die herrschende Lehre ist dieser Ansicht [83], wobei

---

81) RG vom 28.10.1911, RGZ 77, 360, 365

82) BGH vom 13.11.1952 in BGHZ 8, 72, 81

83) Wieser ZZP 79, 256, 258; Schneider MDR 1961, 3, 6; Bernstein S. 85; Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 12

insbesondere herausgestellt wird, daß die Erreichung dieser Ziele im öffentlichen Interesse liegt [84]. Soweit ersichtlich vertreten demgegenüber lediglich Wach [85] und Martens [86] die Meinung, daß der Rechtsbehelf der Streitverkündung ausschließlich dem Individualinteresse diene und zwar letzterer nachdrücklich und mit ausführlicher Begründung. Dies ergäbe ein Vergleich mit dem Institut der Rechtskraft. Da dieses der Rechtssicherheit diene, müsse die allgemein vertretene Ansicht, die Interventionswirkung erfasse auch Tatsachen [87], auf Gründen beruhen, die außerhalb dieses Zweckes liegen [88].

2. Die Interessenlage als Orientierungspunkt: Notlage des Streitverkündenden

Die oben skizzierte Meinung hinsichtlich des Zwecks der Streitverkündung, wie sie von Rechtsprechung und Literatur vertreten wird, vermag das Wesen der Streitverkündung nicht voll auszuschöpfen. Sie erscheint vielmehr Ausfluß und Nebenwirkung einer tieferliegenden Zweckbestimmung zu sein, die es aufzuspüren gilt. Darauf deutet die Tatsache hin, daß die Vertreter der

---

84) aA Milleker ZZP 84, 99, der meint, die Streitverkündung liege meist im Parteiinteresse

85) Wach S. 653

86) Martens ZZP 85, 77, 79

87) Siehe unten IV.2.a.

88) Martens ZZP 84, 77, 80

herrschenden Meinung zu Streitpunkten des Streitverkündungsrechts Thesen herausstellen, die sich mit ihrer Auffassung hinsichtlich des Zwecks der Streitverkündung nicht vereinbaren lassen. Es sei hier darauf verwiesen, daß das Reichsgericht [89] teilweise die Meinung vertrat, die Interventionswirkung sei nicht von Amts wegen zu beachten, ferner daß Schneider einerseits meint, die Interventionswirkung sei nicht von Amts wegen zu berücksichtigen [90], andererseits annimmt, sie liege im öffentlichen Interesse [91]. Dies ist jedoch widersprüchlich. Wie nämlich allgemein zugestanden wird [92], muß aus der Annahme, eine prozessuale Einrichtung liege im öffentlichen Interesse, gefolgert werden, daß sie von Amts wegen zur Anwendung zu bringen ist, also nicht der Disposition der Parteien unterworfen ist.
Nach alledem ist es erstaunlich, daß soweit ersichtlich erstmalig im Jahre 1971 Kritik an der einhellig vorgenommenen Zweckanalyse auftauchte. Es war Häsemeyer [93], der mit zutreffender Begründung darauf hinwies, daß Zweckdeutungen wie Prozeßbeschleunigung oder die Sicherung einheitlicher Entscheidungen nicht geeignet sind, die Singularität einer auf Dritte erweiterten Bindung von richterlichen Entscheidungen zu erklären

---

89) RGZ 153, 274
90) Schneider MDR 1961, 3, 5
91) Schneider MDR 1961, 3, 7
92) Pohle S. 207
93) Häsemeyer ZZP 84, 179, 181 f

oder gar zu rechtfertigen.
Bei der Neubestimmung des Sinns und Zwecks der Streitverkündung ist die Frage, ob sie im öffentlichen Interesse liegt oder dem Individualinteresse dient, zweitrangiger Natur. Zunächst ist frei von dieser Einordnung der Zweck dieser Einrichtung als solcher aufzusuchen. Dabei ist es sinnvoll, vom Begriff der Rechtskraft auszugehen und von da her zu versuchen, Sinn und Zweck der Streitverkündung näherzukommen.
Beim Vergleich der beiden Institute fällt auf, daß die Streitverkündung nur in bestimmter Situation zulässig ist, die in § 72 umschrieben ist. Danach hat eine Partei für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs eines Prozesses einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten [94]. Es ist zu vermuten, daß diese Formulierung den Schlüssel dafür birgt, um Sinn und Zweck der Streitverkündung aufzufinden.
Zunächst ist festzustellen, daß eine Partei wegen eines einheitlichen Vorgangs gezwungen ist, zwei Prozesse zu führen, wobei die materiellen Rechtsverhältnisse so liegen, daß gerade wegen des negativen Ausgangs des Erstprozesses ein Regreßanspruch gegenüber einem Dritten

---

94) Es wird hier - auch weiterhin - zwecks Vereinfachung davon abgesehen, auch den in § 72 ZPO noch weiter beschriebenen Fall zu betrachten, daß die Partei den Anspruch eines Dritten besorgt. Dieser Fall bietet keine Besonderheiten und ist analog (vice versa) dem Hauptfall (Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung) zu behandeln

gegeben ist. Es ist zu erkennen, daß sich diese Partei in fataler Situation befindet. Obwohl sie nach dem Verlust des Erstprozesses aus Gründen des materiellen Rechts den Folgeprozeß (Regreßprozeß) gegen den Dritten gewinnen müßte, läuft sie Gefahr, auch diesen zu verlieren, weil der Richter dieses Folgeprozesses einen in beiden Prozessen bedeutsamen Tatbestand anders beurteilt als der Erstrichter. Dieser kritischen Notlage einer Partei will die Streitverkündung entgegenwirken. Sie schafft eine Möglichkeit, eine Partei vor einer "Zwischen-zwei-Stühle"-Situation zu bewahren, indem sie über die Interventionswirkung den Richter des Folgeprozesses an die Feststellungen des Erstrichters bindet.

Dieses hier gefundene Ergebnis ist identisch mit der Formulierung Häsemeyers [95], § 72 ZPO setze nicht eine einfach bedingte Abhängigkeit von Rechtsverhältnissen voraus, sondern deren gegenseitig ausschließende Bedingtheit; die Interventionswirkung diene dem Zweck, diese Alternativität gleichwertiger Rechtsverhältnisse (prozessual) zu sichern und einen Umschlag der Alternativität in eine Gleichordnung der betroffenen Rechtsverhältnisse mit Kumulationseffekt zu verhindern.

---

95) Häsemeyer ZZP 84, 179, 184 f

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Streitverkündung Hilfestellung und Ausweg bietet für den, der sich in dem eben beschriebenen Dilemma befindet, indem sie ihn vom untragbaren doppelten Prozeßrisiko entlastet. Verantwortlich für dieses Dilemma ist prozessual einerseits das Institut der Rechtskraft andererseits ein Fundamentalprinzip des Rechtsstaats, die richterliche Unabhängigkeit. Beseitigt wird dieses Dilemma durch die Bindung des Richters des Folgeprozesses an die Entscheidung des Erstgerichts, also eine Begrenzung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit im konkreten Fall.
Es wurde bereits oben ausgeführt, daß Sinn und Zweck der Streitverkündung in der vorliegenden Arbeit bei der Lösung von Problemen eine große Rolle spielen. Um weitläufige Formulierungen zu vermeiden, wird deshalb weiterhin die oben beschriebene Notlage des Streitverkünders als streitverkündungstypische Situation bezeichnet.

3. Streitverkündung im öffentlichen oder privaten Interesse?

Aus dem oben Ausgeführten wird klar, daß Streitverkün-

dung und Rechtskraft verschiedenen Zwecken dienen. Daraus kann jedoch nicht - wie es Martens tut [96] - geschlossen werden, daß die Streitverkündung nicht im öffentlichen Interesse liegt. Denn auch der oben herausgefundene Zweck der Streitverkündung, der sich freilich von dem der Rechtskraft unterscheidet, ließe sich unter den Hut des im öffentlichen Interesse liegenden Prinzips der Rechtssicherheit bringen. Wenn man einmal die umstrittene Abgrenzung zwischen öffentlichem Interesse und Privatinteresse im Zivilprozeß außer Acht läßt [97], so ließe sich sagen, widersprüchliche Urteile zu Lasten einer Partei, die sich in der durch § 72 ZPO beschriebenen fatalen Situation befindet, gefährden in besonders hohem Maß das Vertrauen der Rechtsuchenden in die Rechtsprechung und damit die Rechtssicherheit [98]. Doch braucht dieser Überlegung nicht näher nachgegangen zu werden. Denn entscheidend gegen die Annahme, daß die Streitverkündung dem öffentlichen Interesse diene, spricht die Tatsache, daß die Vornahme der Streitverkündung ins Belieben der Partei gestellt ist. Wie sollen widersprüchliche Urteile die Rechtssicherheit gefährden, wenn es der Partei freigestellt ist, das ihr zur Verfügung stehende Mittel

---

96) Martens ZZP 85, 77, 80
97) Martens ZZP 85, 77, 79
98) Wieser ZZP 79, 246, 259

zu ergreifen, um derartige Urteile zu verhindern [99]? Wenn die Verhinderung widersprüchlicher Urteile tatsächlich im öffentlichen Interesse läge, so hätte im Gesetz ein Zwang zur Streitverkündung verankert werden müssen. Dies ist nicht der Fall, obwohl durchaus die Möglichkeit bestanden hätte, eine Verpflichtung zur Streitverkündung im Gesetz festzulegen, wie es im übrigen in einem ähnlichen Fall, nämlich in § 856 Absatz 3 ZPO geschehen ist.
Es ist danach festzuhalten, daß die Streitverkündung ein Hilfsmittel darstellt, das einer Partei dazu dient, den in § 72 ZPO geschilderten Zwischen-zwei-Stühle-Status zu beseitigen. Sie dient dem Individualinteresse dieser Partei. Dieses Ergebnis ist die Bestätigung dessen, was Wach [100] bereits im Jahr 1895 schrieb: "Die Streitverkündung ist eine specifisch egoistische Handlung, mag sie immerhin für den Dritten nützlich wirken".

II. Voraussetzungen einer wirksamen Streitverkündung

1. Überblick

Die Streitverkündung ist Prozeßhandlung. Als solche wäre

---

99) Milleker ZZP 84, 91, 99
100) Wach S. 653

sie unwirksam, wenn nicht die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen wie Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit usw. gegeben wären. Das Gesetz normiert jedoch in den §§ 72, 73 ZPO weitere spezifische Prozeßhandlungsvoraussetzungen [101] mit dem Ergebnis, daß bei deren Nichtvorliegen die Streitverkündung unzulässig ist, d.h. ohne prozessuale Wirkung wäre. Über die materiellrechtliche Wirkung einer unzulässigen Streitverkündung ist hierbei nichts gesagt [102]. Entsprechend der Definition der Prozeßhandlung liegt deren Hauptwirkung auf prozessualem Gebiet, so daß mit der Unzulässigkeit einer Prozeßhandlung lediglich die Wirkung auf prozessualem Gebiet in Frage steht [103].

2. Anhängiger "Rechtsstreit"

a. Allgemein gültige Definition?

Eine wirksame Streitverkündung nach § 72 ZPO setzt einen Rechtsstreit voraus. Schon aus der Stellung dieses Paragraphen innerhalb der ZPO ergibt sich ohne Zweifel, daß mit dem Begriff "Rechtsstreit" zumindest alle ordentlichen Erkenntnisverfahren gemeint sind, wie sie

---

101) Die Unterscheidung zwischen allgemeinen und spezifischen Prozeßhandlungsvoraussetzungen ist von Bedeutung bei der Bestimmung der Art des Rechtsmittels gegen die Zurückweisung des Beitritts des Streitverkündeten, siehe hierzu B.VI.1.

102) Hierzu siehe näher B.V.3.

103) Siehe etwa Rosenberg/Schwab § 63 II

in §§ 253 bis 591 ZPO beschrieben sind. Mitinbegriffen sind demnach wie selbstverständlich die Verfahren, in die nach Erlaß eines Mahnbescheid bzw. Vollstrekkungsbescheids durch Einlegung von Widerspruch bzw. Einspruch übergeleitet wird [104]. Es besteht auch kein Streit darüber, daß eine Streitverkündung zulässig ist in Familiensachen, Kindschaftssachen und Unterhaltssachen, in Arrestverfahren und Verfahren der einstweiligen Verfügung, in Urkunden- und Wechselprozessen, in Verfahren zur Aufhebung eines Ausschlußurteils und zur Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs oder Schiedsvergleichs und in Entmündigungssachen vor dem Landgericht (§§ 664 ff ZPO) [105].

Eine allgemein gültige Definition des Begriffs "Rechtsstreit" fehlt jedoch. Es hat zwar nicht an Versuchen gefehlt, diesen Begriff zu definieren, diese differieren aber sehr stark und lassen keine Gemeinsamkeit erkennen. So wird beispielsweise erklärt, es sei auszugehen von einem Verfahren, das die Rechtshängigkeit auslösen kann [106], oder Streitverkündung sei nur in einem Verfahren zulässig, das durch

---

104) Wieser S. 34
105) Wieser S. 35
106) Wieczorek, § 66 A I 1

Urteil entschieden werden darf [107], oder grundsätzlich in allen gerichtlichen Entscheidungsverfahren [108]. Die bisher vorgelegten Definitionen sind nicht geeignet, in Grenzfällen als Entscheidungskriterium hinsichtlich der Zulässigkeit der Streitverkündung herangezogen zu werden. Es erscheint überhaupt zweifelhaft, ob es bei der Komplexität des Begriffs eine allgemein gültige Definition geben kann. Erfolgversprechender ist der Weg, ausgehend von Sinn und Zweck der Streitverkündung für jedes konkrete Verfahren zu untersuchen, ob die Streitverkündung zugelassen werden kann bzw. muß [109]. Im folgenden wird dieser Frage hinsichtlich zweier in der Praxis häufiger Verfahren nachgegangen.

b. Beweissicherungsverfahren gemäß §§ 485 ff ZPO?

aa. Soweit ersichtlich haben sich mit der Problematik der Zulässigkeit der Streitverkündung im Beweissicherungsverfahren erst drei Gerichte befaßt, nämlich das Amtsgericht Köln und das Landgericht Köln als Beschwerdegericht und das Landgericht Bremen [110]. Den Entscheidungen des Amtsgerichts und Landgerichts Köln lag folgender Sachverhalt zugrunde [111]:

---

107) Wieser S. 34

108) So wohl hM; siehe etwa Stein/Jonas/Leipold/ § 66 Rz 6, Hellwig S. 480; Donau NJW 1955, 412

109) So wohl auch Rosenberg/Schwab, § 48 II 1

110) LG Köln BauR 1980, 97; LG Bremen MDR 1984, 237

111) Das LG Bremen übernimmt lediglich die Argumentation des LG Köln

In einem Beweissicherungsverfahren, das ein Bauherr gegen den Generalunternehmer wegen eines mangelhaften Bauwerks vor dem Amtsgericht Köln initiiert hatte, verkündet dieser einem seiner Subunternehmer den Streit und beantragt die Zustellung des Streitverkündungsschriftsatzes. Das Amtsgericht Köln wies diesen Antrag mit Beschluß zurück. Das daraufhin vom Streitverkünder angerufene Landgericht Köln bestätigte die Entscheidung des Amtsgerichts.

Es begründete seine Entscheidung wie folgt: Der unmißverständliche Wortlaut des Gesetzestextes und der Sinn und Zweck der Streitverkündung verlange einen anhängigen Rechtsstreit. Das Beweissicherungsverfahren sei kein Rechtsstreit, sondern vielmehr eine rein vorsorgliche Beweisaufnahme. Es bringe keine Entscheidungen zum Nachteil des Streitverkündungsgegners. Das Gericht habe jedoch prozessuale Maßnahmen auf rechtliche Statthaftigkeit zu überprüfen.
Beide Entscheidungen sind schon deswegen zu mißbilligen, weil sie außer Acht lassen, daß nach einhelliger Meinung

die Zulässigkeit der Streitverkündung nicht im Erstprozeß, sondern im Folgeprozeß zu prüfen ist [112]. Das Erstgericht hätte schon aus diesem Grund dem Antrag des Streitverkünders nachkommen und die Streitverkündungsschrift zustellen lassen müssen und zwar unabhängig davon, ob es die Streitverkündung für zulässig hielt oder nicht. Doch auch der Ansicht der beiden Gerichte hinsichtlich der hier zu erörternden Frage, ob die Streitverkündung im Beweissicherungsverfahren zulässig ist, kann keinesfalls gefolgt werden, wie unten unter cc. näher ausgeführt wird.

bb. In der Literatur sind die Ansichten zur aufgeworfenen Frage geteilt. Die wohl bis vor kurzem herrschende Meinung lehnt die Streitverkündung im Beweissicherungsverfahren ab [113], ein Teil läßt sie generell zu [114], Lammenett [115] differenziert und läßt die Streitverkündung im Beweissicherungsverfahren zu mit der Einschränkung, daß die Interventionswirkung erst dann eintreten könne, wenn die Ergebnisse der Beweisverhandlungen des Beweissicherungsverfahrens Grundlage der Entscheidung des Hauptverfahrens geworden sind und der Dritte in diesem Hauptverfahren gleichfalls

---

112) Siehe etwa Zöller/Vollkommer § 74 Rz 5 mwN

113) Zöller/Vollkommer § 72 Rz 2 iVm § 66 Rz 3, Postelt BauR 1980, 33; Wieser S. 35

114) Wussow NJW 1969, 1401, 1407; Wieczorek § 66 A I a 3; Skonietzki-Gelpcke § 99 Anmerkung 2; Förster/Kann § 66, Anmerkung 2b; Mickel BB 1984, 438; Schilken ZZP 238, 260; Werner/Pastor Rz 3

115) Lammenett S. 109

Nebenintervenient bzw. Streitverkündungsempfänger geworden ist.

cc. Die Streitverkündung ist mit der Lammenett'schen Einschränkung auch im Beweissicherungsverfahren zuzulassen. Der Einwand, das Beweissicherungsverfahren sei kein Rechtsstreit im Sinne des § 72 ZPO [116], sondern lediglich eine vorsorgliche Beweisaufnahme vor Beginn des möglichen Rechtsstreits [117] ist nicht stichhaltig. Diese Argumentation krankt daran, daß sie den engen Zusammenhang zwischen dem Beweissicherungsverfahren und dem folgenden Hauptprozeß übersieht [118]. Das Beweissicherungsverfahren ist nämlich nicht nur bloße Beweisaufnahme vor Beginn des möglicherweise folgenden Rechtsstreits ohne Bindung zu diesem, sondern eben auch schon vorweggenommener Teil des gedachten Hauptprozesses [119]. Wenn aber für den Hauptprozeß - das ganze - Streitverkündung zulässig ist, so muß das gleiche auch für einen Teil gelten.
Diese Überlegung wird bestätigt durch Sinn und Zweck der Streitverkündung. An der Notsituation, in der sich der Streitverkünder in einem Rechtsstreit ohne vorgezogene Beweisaufnahme befindet, ändert sich nichts, wenn dem

---

116) LG Köln BauR 1980, 97; LG Bremen MDR 1984, 237; Postelt BauR 1980, 33, 34; Lammenett S. 109

117) Siehe Postelt BauR 1980, 33,34

118) Diesen Vorwurf erhebt allerdings umgekehrt Lammenett S 109 gegenüber Wussow

Hauptprozeß ein Beweissicherungsverfahren vorgeschaltet wird, soweit es das Ergebnis dieses Beweissicherungsverfahrens angeht. Wäre nämlich im Beweissicherungsverfahren die Streitverkündung nicht zulässig, so könnte der Dritte, dem im sich an das Beweissicherungsverfahren anschließenden Hauptverfahren der Streit verkündet wurde, im Folgeprozeß entgegen § 68 Halbsatz 2 ZPO mit Erfolg einwenden, der Streitverkünder habe das Beweissicherungsverfahren mangelhaft geführt, insbesondere Einwendungen unterlassen, die im Hauptverfahren nicht mehr nachgeholt werden konnten [120]. Diese streitverkündungstypische Situation kann der Streitverkünder nicht dadurch entschärfen bzw. gar beseitigen, daß er selbst ein Beweissicherungsverfahren gegen den Dritten initiiert [121]. Das Ergebnis dieses Beweissicherungsverfahrens braucht nämlich mit dem des Erst-Beweissicherungsverfahrens nicht konform zu gehen, wobei ins Gewicht fällt, daß im Hauptverfahren (Erstprozeß) eine Harmonisierung der Ergebnisse der beiden Beweissicherungsverfahren nach dem oben Gesagten nicht mehr möglich ist.

---

119) So auch Schilken ZZP 92, 238, 241; an anderer Stelle (S.239) bezeichnet er die Loslösung des Beweissicherungsverfahrens von einem bestimmten Rechtsstreit als vordergründig.

120) Wussow NJW 1969, 1401, 1406; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 492 Anm. 1

121) So aber wohl Zöller/Stephan § 487 Rz 3

Da hinsichtlich des Ergebnisses eines Beweissicherungsverfahrens eine streitverkündungstypische Situation nicht ausgeschlossen werden kann, ist auch im Beweissicherungsverfahren die Streitverkündung zuzulassen. Es ist kein Grund erkennbar, warum man dem, der sich im Beweissicherungsverfahren in der für eine Streitverkündung typischen Notsituation befindet, die Vorteile der Streitverkündung verweigern soll. Die Zufälligkeit jedenfalls, daß dem Hauptprozeß ein Beweissicherungsverfahren vorgeschaltet werden muß, rechtfertigt dies nicht.

Die streitverkündungstypische Situation tritt jedoch dann nicht ein, wenn dem Beweissicherungsverfahren kein Hauptprozeß folgt. Das Ergebnis des Beweissicherungsverfahrens bedeutet noch keinen Prozeßverlust im Sinne eines rechtskräftigen Urteils. Das Beweissicherungsverfahren ist im Blick auf sein Ergebnis nicht als Erstprozeß, sondern lediglich als Teil des noch folgenden Erstprozesses anzusehen. Es endet demnach naturgemäß nicht mit der Rechtskraft eines Urteils, das in der bindenden Kraft von Feststellungen zur materiellen Rechtslage besteht [122] und damit die streitverkündungstypische Situation verursacht. Das Beweissicherungsverfahren be-

---

122) Siehe etwa BGHZ 3,85; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Einf 2B vor §§ 322 - 327

zweckt "lediglich" die Klärung von Tatsachen [123] und schafft daher noch keine Bindung hinsichtlich der materiellen Rechtslage. Will trotz dieser Sachlage eine Partei auf Grund des Ergebnisses des Beweissicherungsverfahrens nachgeben, wie z.B. der Generalunternehmer gegenüber dem Bauherrn wegen eines Mangels des Bauwerks, und freiwillig Schadensersatz leisten, so befindet sie sich in der gleichen Situation wie die Prozeßpartei im Hauptverfahren, die nach Durchführung der Beweisaufnahme einen Vergleich abschließt. Sie verzichtet bewußt auf die Vorteile der Interventionswirkung und sollte dies nur tun, wenn der Dritte (Subunternehmer) in den Vergleich eingebunden ist.
Die hier propagierte Lösung wirft jedoch ein weiteres Problem auf, das mit der materiellrechtlichen Wirkung der Streitverkündung, der Verjährungsunterbrechung, zu tun hat. Gemäß § 209 Abs. 2 Ziffer 4 BGB steht im Hinblick auf Verjährungsunterbrechung der Erhebung der Klage die Streitverkündung in dem Prozesse gleich, von dessen Ausgang der Anspruch abhängt. Hielte man sich streng an den Wortlaut dieser Bestimmung, so könnte es auf den ersten Blick zweifelhaft sein, ob demnach die Streitverkündung im Beweissicherungsverfahren Verjährungsunter-

---

123) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Übersicht 1 vor § 485

brechung nach sich zieht. Doch kann das Beweissicherungsverfahren durchaus als Prozeß angesehen werden, von dessen Ausgang der Anspruch - zumindest mit- - abhängt. Von entscheidender Bedeutung muß aber letztlich der Sinn der Bestimmung des § 209 Abs. 2 Ziffer 4 BGB sein. Eine Interventionswirkung als Folge einer zulässigen Streitverkündung hätte wenig Sinn, wenn während der Dauer des Verfahrens, in dem der Streit verkündet wurde, der Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung im Sinne des § 72 ZPO verjähren würde. Eine zulässige Streitverkündung muß daher notgedrungen eine Verjährungsunterbrechung bewirken.

Da nach dem oben Gesagten die Streitverkündung im Beweissicherungsverfahren zulässig ist, unterbricht sie auch die Verjährung, dies selbst dann, wenn der Beweissicherungsantrag gemäß § 485 ZPO keine Verjährungsunterbrechung herbeiführt.

Richtig ist demnach allein die Ansicht, daß auch im Beweissicherungsverfahren die Streitverkündung zulässig ist. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes, wenn man das Beweissicherungsverfahren als einen vorweggenommenen Teil des Hauptprozesses und diesen als Rechtsstreit im Sinne von § 72 ZPO ansieht,

und erst recht mit Sinn und Zweck der Streitverkündung. Die Interventionswirkung kann allerdings erst dann eintreten, wenn das Ergebnis des Beweissicherungsverfahrens in den Hauptprozeß eingeführt und auch dort der Streit verkündet worden ist.

c. Kostenfestsetzungsverfahren?

Das Kostenfestsetzungsverfahren stellt ein selbständiges zur 1. Instanz gehörendes Verfahren dar [124], so daß die Frage nach der Zulässigkeit der Streitverkündung berechtigt ist. Soweit ersichtlich wird die Streitverkündung im Kostenfestsetzungsverfahren allgemein für unzulässig gehalten [125] und zwar zu Recht.
Im Kostenfestsetzungsverfahren kann nämlich eine streitverkündungstypische Situation nicht eintreten. In diesem Verfahren wird lediglich über die prozessuale Frage entschieden, ob im Prozeß entstandene Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren (§ 91 Absatz 1 Satz 1 ZPO). Solch für eine Partei negative Festsetzung der Kosten führt jedoch zu keinem Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung, da diese Entscheidung über rein

---

124) Zöller/Schneider § 103 Rz 21 "Verfahren"

125) OLG Nürnberg JMBl 1963, 63, 64; Zöller/Schneider § 103 Rz 21 "Nebenintervention"

prozessuale Fragen der Kosten nicht Tatbestandsmerkmal einer materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage sein kann. Die Kostenfestsetzung bezieht sich nur auf das konkrete Verfahren und berücksichtigt lediglich das prozessuale Verhalten der Parteien dieses Verfahrens. Materiellrechtliche Ansprüche werden hierbei nicht berührt.

Die obigen Überlegungen zeigen, daß die bisher in Rechtsprechung und Literatur herausgearbeiteten Gesichtspunkte bei der Bestimmung des Begriffs "Rechtsstreit" nicht zu praktikablen Ergebnissen führen. Lediglich eine Orientierung an Sinn und Zweck der Streitverkündung bringt Lösungen, die vertretbar sind. Als Ergebnis sei mit aller Vorsicht folgende Formulierung gewagt: Die Streitverkündung muß in allen Verfahren erlaubt sein, in denen sich eine Partei wegen der Beschränkung der Rechtskraft einer Entscheidung auf die Parteien des Verfahrens in einer streitverkündungstypischen Situation befinden kann. Dies trifft auf

Beweissicherungsverfahren zu, wenn man als ungünstigen Ausgang des Rechtsstreits im Sinne des § 72 ZPO den des gedachten Hauptprozesses ansieht.

3. Art des Drittanspruchs

a. Die positivrechtliche Regelung

Der Text des § 72 ZPO spricht vom Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung und scheint damit den Anwendungsbereich der Streitverkündung stark einzuschränken. Doch gilt es auch hier, sich auf den Zweck zu besinnen, der hinter der Einrichtung der Streitverkündung steht. Aus Sinn und Zweck der Streitverkündung - Beseitigung der streitverkündungstypischen Situation - ergibt sich zwanglos, daß der im Gesetz genannte Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung keine Einschränkung, sondern lediglich eine Art beispielhafte Aufzählung darstellt.

b. Ausdehnung auf Alternativverhältnisse

Demnach muß die Streitverkündung zulässig sein in Fällen

der sogenannten Alternativhaftung, bei denen der Dritte statt (nicht neben) des im Erstprozeß Verklagten alternativ als Anspruchsgegner in Frage kommt, wobei wegen der konkreten Umstände noch nicht geklärt ist, wer von beiden tatsächlich haftet.

Die Rechtsprechung mußte sich frühzeitig mit derartigen Fällen befassen und hat hierbei von Anfang an die Streitverkündung für zulässig erachtet. Zum ersten Mal wurde dies vom Reichsgericht in der Entscheidung vom 28.10.1911 [126] ausgesprochen und seitdem nie mehr aufgegeben. Der Bundesgerichtshof hat sich dem angeschlossen und ebenfalls daran festgehalten [127]. Soweit ersichtlich ist von dieser einhelligen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs lediglich ein Gericht abgewichen, nämlich das Oberlandesgericht München [128]. Es ließ in einem speziellen Fall der Alternativhaftung die Streitverkündung nicht zu. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

> Die klagende Gemeinde hatte einen Rechtsanwalt beauftragt, klageweise gegen die Firma K Schadensersatz durchzusetzen. Der Anwalt kam

---

126) RGZ 77, 360

127) BGHZ 8, 72

128) OLG München VersR 1976, 72

jedoch diesem Auftrag nicht sofort nach, die Firma K berief sich auf Verjährung. Hierauf verklagte die Gemeinde den Anwalt auf Schadensersatz wegen Verletzung des Anwaltsdienstvertrages. Gleichzeitig verkündete sie der Firma K den Streit. Das Landgericht München wies die Klage mit der Begründung ab, eine Verjährung des klägerischen Anspruchs gegen die Firma K sei nicht eingetreten. Hierauf erklärte die Firma K den Beitritt auf seiten der klagenden Gemeinde und legte gleichzeitig Berufung gegen das Ersturteil des Landgerichts ein. Das Oberlandesgericht München wies die Nebenintervention zurück mit der Begründung, die Streitverkündung sei unzulässig, auch sonst sei kein rechtliches Interesse nach § 66 Absatz 1 ZPO gegeben.

Die Unzulässigkeit der Streitverkündung begründet das Gericht einerseits mit dem Gesetzestext, andererseits mit dem Zweck der Streitverkündung. Beide Ansätze des Gerichts überzeugen nicht, das Urteil ist nicht zu billigen [129]. Wenn das Gericht auf den Gesetzestext und die von Rechtsprechung und Literatur im Laufe der Zeit

---

129) So auch Stein/Jonas/Leipold § 72 Rz 14 Fn 15

erweiterte Anwendung des § 72 ZPO Bezug nimmt, so geht es zu weit, wenn es meint, in Fällen der bloßen Alternativhaftung müßte es sich um "Ansprüche aufgrund derselben Schadensverursachung" handeln. Wenn sich hierbei das Gericht auf Stein/Jonas [130] beruft, so ist zu berichtigen, daß dort von "Verursachern desselben Schadens" die Rede ist und nicht von "Ansprüchen aufgrund derselben Schadensverursachung". Diese Formulierung ist zurückzuführen auf verschiedene Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Reichsgerichts, die bei Stein/Jonas zitiert sind. Gemeint ist jedoch damit nicht, daß der Schaden durch ein und dieselbe Ursache ausgelöst sein muß. Dies war bei vielen zitierten Entscheidungen gerade nicht der Fall. Aber selbst wenn man die Stein/Jonas'sche Kommentarstelle so deuten würde, wie dies das Oberlandesgericht tat, so wäre es äußerst fraglich, ob hier der Begriff "desselben Schadens" derart eng auszulegen ist. Viel näher liegt die Deutung, daß hiermit der Ersatz desselben wirtschaftlichen Schadens gemeint ist. So ist im übrigen auch die Formulierung bei Stein/Jonas zu verstehen. Vor der zitierten Stelle ist nämlich zu lesen, daß "hierher auch diejenigen Ansprüche auf Schadensersatz ..."

---

130) Stein/Jonas/Leipold § 72 Rz 14; dieselbe Formulierung findet sich auch bei Zöller/Vollkommer, ZPO, 13. Auflage, § 72 II 2 b cc

gehören, "sofern nur der Anspruch gegen den Dritten im Falle des Sieges der Partei gegenstandslos wird, im Fall des Unterliegens der Partei dagegen seine Erhebung tatsächlich in Aussicht steht."

Eine derart einschränkende Auslegung der Begrenzung der Anwendbarkeit der Streitverkündung wurde auch in der Literatur explizit nicht vorgenommen. Sie würde auch dem Gesetzeszweck, der der Streitverkündung zugedacht ist, zuwiderlaufen. Wie man nämlich an dem vom Oberlandesgericht München entschiedenen Fall deutlich sieht, befand sich die Klagepartei genau in jener fatalen Situation, zu deren Bereinigung der § 72 ZPO geschaffen wurde. Die Klagepartei müßte, um zu ihrem Recht zu kommen, eventuell zwei Prozesse führen. Dabei steht sie vor dem nicht zumutbaren Risiko, in beiden Prozessen zu unterliegen, weil zwei unabhängige Gerichte einen beiden Prozessen gemeinsamen Tatbestand verschieden beurteilen.

Das vom Oberlandesgericht weiter vorgebrachte Argument, der streitverkündete Dritte - hier die Firma K - gerate ansonsten in einen Interessenkonflikt, ist nicht stichhaltig. Der Streitverkündete ist nämlich entgegen der Ansicht des Gerichts in keiner Weise gehalten, ein

Klagevorbringen zu unterstützen, wonach er schuldhaft einen Schaden verursacht habe, und daraus resultierende Ersatzansprüche lediglich in Folge des schuldhaften Verhaltens des beklagten Rechtsanwalts verjährt seien, um nicht eine nachteilige Interventionswirkung in Kauf zu nehmen. Das Gericht hat nämlich bei dieser Argumentation übersehen, daß eine Interventionswirkung hinsichtlich solcher Feststellungen nicht eintreten kann, die für den Streitverkünder günstig, für den Streitverkündeten jedoch ungünstig sind [131]. Danach könnte hinsichtlich des Schadens und des Verschuldens überhaupt keine Interventionswirkung eintreten. Diese wäre auf die Verjährung beschränkt. Insoweit sind die Interessen des Streitverkünders und Streitverkündeten gleichgerichtet. Hinsichtlich der Verjährung kann der Streitverkündete Sach- und Rechtsvortrag einbringen und zwar isoliert vom Schaden und vom Verschulden. Im übrigen würde man, wollte man dem Oberlandesgericht München folgen, die Klagepartei zwingen, unökonomisch zu handeln, nämlich zuerst statt des Rechtsanwalts den Dritten zu verklagen, obwohl es in den Augen der Klagepartei wahrscheinlicher ist, daß bereits Verjährung eingetreten ist.

---

131) Siehe IV.2.d.

Und doch kann die Streitverkündung nicht in allen Fällen der Alternativität zulässig sein, wie folgendes Beispiel schlagend zeigt, das bei Bruns [132] zu finden ist:

> Durch Spuren steht fest, daß entweder A oder B den Wagen des K beschädigt hat. K verklagt B und verkündet vorsorglich A den Streit. Die Klage wird abgewiesen, weil K beweisfällig geblieben ist.

Da im Ersturteil festgestellt ist, daß B nicht als Schädiger anzusehen ist, könnte man den Schluß ziehen, daß wegen der Interventionswirkung der Richter des Folgeprozesses an diese Feststellung gebunden ist mit der Konsequenz, daß dieser den A verurteilen muß. Daß dies jedoch nicht richtig sein kann, leuchtet sofort ein, wenn man berücksichtigt, daß die Streitverkündung keinesfalls den Zweck verfolgt, den Streitverkünder von der Beweislast zu befreien [133] (sondern von der streitverkündungstypischen Notlage).
Darüber, daß hier die Streitverkündung unzulässig ist, herrscht Einigkeit [134], soweit diese Fallgestaltung überhaupt betrachtet wird. Häsemeyer [135] bezeichnet diese Konstellation als einen Fall der natürlichen

---

132) Bruns, Festschrift für Schima, S. 122
133) Häsemeyer ZZP 84, 179, 197
134) Häsemeyer ZZP 84, 179, 196; Bruns, Festschrift für Schima, S. 122
135) Häsemeyer ZZP 84, 179, 195 ff

Alternativität und führt allgemein aus, daß die Interventionswirkung nur dann eintreten könne, wenn die natürliche Alternativität zu einer rechtlichen Alternativität gesteigert ist dergestalt, daß sie den Richter zwingt, "sich zugleich für das eine und gegen das andere Rechtsverhältnis zu entscheiden." Dem ist beizupflichten. Bei bloß natürlichem Alternativverhältnis fehlt es nämlich an der streitverkündungstypischen Notlage. Zwar ist auch hier eine Partei gezwungen, eventuell zwei Prozesse zu führen, um zu ihrem Recht zu kommen; sie läuft jedoch nicht Gefahr, deswegen zwei Prozesse zu verlieren, weil der Richter des Folgeprozesses einen in beiden Prozessen bedeutsamen Tatbestand anders beurteilt als der Erstrichter. Im vorgelegten Beispielsfall ist es durchaus denkbar, daß K beide Prozesse verliert, weil es ihm nicht gelingt zu beweisen, daß einer der beiden potentiellen Schädiger tatsächlich der Schädiger ist, ohne daß die Richter des Erst- und Folgeprozesses einen in beiden Verfahren bedeutsamen Tatbestand entscheidungserheblich differierend beurteilen.

Da im Beispielsfall lediglich hinsichtlich der Täterschaft (ob also A oder B der Schädiger ist) eine streitverkündungstypische Situation denkbar war, und diese wie

eben ausgeführt nicht vorliegt, ist die Streitverkündung unzulässig.

c. Abgrenzung zu Kumulativverhältnissen - Betonung der Alternativität

Die oben beschriebene Ausweitung des Streitverkündungsrechts auf Alternativverhältnisse ist allgemein anerkannt. Dies wurde jedoch auch für Fälle akzeptiert, die der allgemein vorgelegten Definition [136] nicht mehr entsprechen. Dies sei an einem Beispiel, hier als Schiffsschaukelfall bezeichnet, demonstriert: [137]

> Ein 13-jähriges Mädchen stürzte beim Schaukeln aus einer von einem Schausteller aufgestellten und betriebenen Schiffsschaukel und verletzte sich dabei schwer. Zum Unfallzeitpunkt fehlten an den seitlichen Einstiegsöffnungen der Schiffsschaukel die Sicherungsketten. Der von dem Mädchen angestrengte Schadensersatzprozeß gegen den Schausteller endete in letzter Instanz mit einem Sieg des Mädchens, das in diesem Prozeß der für die Genehmigung des Betriebs der Schiffsschaukel zu-

---

136) Stein/Jonas/Leipold § 72 Rz 14; Zöller/Vollkommer § 72 Rz 6 mwN

137) BGH VersR 1962, 952

ständigen Gemeinde den Streit verkündet hatte. Die streitverkündete Gemeinde war daraufhin auf seiten des Mädchens dem Rechtsstreit beigetreten. Die beiden Erstgerichte stellten fest, daß das Mädchen wegen der fehlenden Kette aus der Schaukel gestürzt sei und der Schausteller es schuldhaft unterlassen habe, eine sichernde Kette anzubringen. Da die Zwangsvollstreckung gegen den Schausteller erfolglos blieb, verklagte das Mädchen die Gemeinde mit der Begründung, sie hafte unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung.

Wie man sieht, haftet die Gemeinde wegen § 839 Absatz 1 Satz 2 BGB nur dann, wenn das Mädchen nicht auf andere Weise Ersatz zu verlangen vermag. Dabei haftet die Gemeinde auch dann, wenn der Schausteller zwar verurteilt wurde, die Zwangsvollstreckung jedoch erfolglos bleibt. Daraus ergibt sich aber, daß kein Fall der Alternativhaftung vorliegt, da sich die Ansprüche gegen den Schausteller und gegen die Gemeinde gerade nicht wechselseitig ausschließen. Der wechselseitige Ausschluß der Ansprüche wird aber zu Recht überall dort, wo man sich um eine brauchbare Definition dieser Alter-

nativfälle bemüht - auch in der Rechtsprechung -, als kennzeichnend für diese Fälle festgehalten. So heißt es bei Stein/Jonas [138]: "..., sofern nur der Anspruch gegen den Dritten im Falle des Sieges der Partei gegenstandslos wird, im Falle des Unterliegens der Partei dagegen seine Erhebung in Aussicht steht" oder bei Häsemeyer [139]: "Deshalb können bei einheitlicher Feststellung der alternierenden Voraussetzungen Rechtsfolgen nur aus dem einen oder aus dem anderen Rechtsverhältnis begründet sein, dagegen niemals zugleich aus beiden Rechtsverhältnissen."
Obwohl durch diese Definition gerade die Fälle des Amtshaftungsanspruchs wegen § 839 Absatz 1 Satz 2 BGB allein nicht erfaßt werden, da diese Regelung lediglich eine Reihenfolge der Inanspruchnahme festlegt, nicht aber eine Alternativität, wurde dies merkwürdigerweise sowohl in der Literatur wie auch der Rechtsprechung nicht erkannt [140]. Ausgangspunkt dieser Fehlentwicklung war im übrigen eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 13.11.1952 [141]. Dort heißt es: "Das Vorliegen solcher Ansprüche würde nämlich der Geltendmachung der Ansprüche des Klägers gegen den Kreis aus Amtspflichtverletzung im Hinblick auf die Hilfsnatur

---

138) Stein/Jonas/Leipold § 72 Rz 14

139) Häsemeyer ZZP 84, 179, 184

140) Häsemeyer ZZP 84, 179, 185 bezeichnet den Fall der Amtshaftung wegen § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ausdrücklich als Fall der positiv ausgerichteten Alternativität.

141) BGHZ 8, 72

dieser Ansprüche (§ 839 Absatz 1 Satz 2 BGB) entgegenstehen. Insoweit handelt es sich daher um sich wechselseitig ausschließende Ansprüche."

Hier findet sich in zwei nebeneinanderstehenden Sätzen der verhängnisvolle fehlerhafte Schluß. Wegen § 839 Absatz 1 Satz 2 BGB schließen sich nämlich die geltend gemachten Ansprüche nicht wechselseitig aus.

Dies heißt natürlich keinesfalls, daß der Amtshaftungsanspruch generell nicht alternierend im obigen Sinne auftreten und damit nicht dem § 72 ZPO unterfallen könnte. Eine Alternativhaftung könnte beispielsweise dann vorliegen, wenn zwei Amtshaftungsansprüche konkurrieren wie etwa im oben zitierten Fall [142]. Im einzelnen dürfte die Abgrenzung nicht immer leicht sein. Jedenfalls ist der hier behandelte Schiffsschaukelfall eindeutig nicht als ein Fall der Alternativhaftung anzuerkennen, da dort nur auf § 839 Absatz 1 Satz 2 BGB abgestellt wird; es fehlt an der streitverkündungstypischen Situation. Zwar wird das Mädchen auch zu doppelter Prozeßführung gezwungen, da § 839 Absatz 1 Satz 2 BGB eine gleichzeitige Geltendmachung der Ansprüche ausschließt. Entscheidend muß jedoch sein, daß das Mädchen nach einem Verlust des Erstprozesses gegen

---

142) BGHZ 8, 72

den Schausteller den Folgeprozeß gegen die Gemeinde aus materiellrechtlichen Gründen nicht notwendig zu gewinnen braucht. Gerade das aber würde die streitverkündungstypische Situation kennzeichnen [143].
Offen muß hier bleiben, ob der oben zitierte Fall [144] dem § 72 ZPO unterfällt. da dies wegen des nicht vollständig vorliegenden Sachverhalts nicht entschieden werden kann. Nur soviel kann gesagt werden, daß es, ginge es lediglich nach der oben zitierten Begründung, kein Fall von Alternativhaftung im Sinne von § 72 ZPO wäre.

Es wird zusammenfassend ausdrücklich darauf hingewiesen, daß hier soweit ersichtlich entgegen der einhelligen Meinung in Literatur und Rechtsprechung erstmalig die Ansicht vertreten wird, daß die Bestimmung des § 839 Absatz 1 Satz 2 BGB (ebenso natürlich § 19 Absatz 1 Satz 2 BNotO) allein nicht die Streitverkündung nach § 72 ZPO rechtfertigen kann. Dabei soll nicht verschwiegen werden, daß die gegenteilige fehlerhafte Ansicht verantwortlich ist für viele Folgeprobleme, die bisher kaum gelöst wurden, im übrigen bei Beibehaltung dieser abzulehnenden Ansicht auch schwerlich lösbar erscheinen.

---

143) Siehe B.I.2.
144) BGHZ 8, 72

4. Der Begriff "Ungünstiger Ausgang des Rechtsstreits"

a. Prozeßverlust oder auch Mißerfolg bei der Zwangsvollstreckung?

Vom Wortlaut her kann es nicht unklar sein, ob unter dem Ausgang des Rechtsstreits restriktiv die Entscheidung des Gerichts oder extensiv der Ausgang des Rechtsstreits allgemein zu verstehen ist, der auch die Zwangsvollstreckung mitumgreift. Das Wort Rechtsstreit umfaßt nämlich nicht die Zwangsvollstreckung, bei der es im Kern nicht mehr um einen Streit um Rechte geht, sondern um die Durchsetzung bestehender Rechte. Wohl aus diesem Grund vertritt die herrschende Meinung ohne Begründung [145] die Ansicht, daß mit dem Ausgang des Rechtsstreits nicht auch die Zwangsvollstreckung gemeint sein kann. Lediglich Jauernig [146] hält in weiter Auslegung auch den Mißerfolg in der Zwangsvollstreckung für einen "ungünstigen Ausgang des Rechtsstreits" und begründet dies mit dem Wortlaut und Sinn des § 72 ZPO. Der restriktiven Auslegung, wie sie die herrschende Meinung vertritt, gebührt der Vorzug. Zunächst ist zu

---

145) RG LZ 1930, 248; BGHZ 36, 212; Stein/Jonas/Leipold § 72 Rz 11

146) Jauernig JZ 1962, 416

fragen, ob die theoretische Problemstellung auch praktische Bedeutung hat. Dies wird durch den bereits oben wiedergegebenen Schiffsschaukelfall bestätigt [147]. Es ist durchaus denkbar, daß das verletzte Mädchen gegen die Gemeinde dann einen Anspruch geltend machen will, wenn die Zwangsvollstreckung gegen den Schausteller erfolglos geblieben ist. Letzteres setzt allerdings voraus, daß das Mädchen im Erstprozeß gegen den Schausteller obsiegt hat. Dann stellt sich aber die in Literatur und Rechtsprechung diskutierte Frage, ob bei tatsächlich günstigem Ausgang des Erstprozesses überhaupt noch Interventionswirkung eintreten kann. Diese Frage ist zu verneinen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird hier auf die an anderer Stelle gegebene Begründung [148] verwiesen. Da demnach bei erfolgloser Zwangsvollstreckung keine Interventionswirkung eintreten kann, kann für diesen Fall auch die Streitverkündung nicht zugelassen werden. Dieses Ergebnis läßt sich wie folgt zusammenfassen: Die Streitverkündung soll die obsiegende Partei nicht vor dem Zwangsvollstreckungsrisiko schützen, sondern die bereits einmal unterlegene Partei vor einem abermaligen Feststellungsrisiko.

---

147) BGH VersR 1962, 952; siehe oben B.II.3.c. Es sei allerdings daran erinnert, daß nach Ansicht des Verfassers der Schiffsschaukelfall gerade keinen Fall des § 72 ZPO darstellt.

148) Siehe B.III.2.c.

b. Prozeßverlust im Sinne der rechtskräftigen Hauptentscheidung

Eine weitere bisher offene Frage ist die, ob sich der Begriff "ungünstiger Ausgang" lediglich auf die Entscheidung des Rechtsstreits als solche im Sinne der Rechtskraft bezieht oder weitergreifend alles umfaßt, was der Interventionswirkung zugänglich ist, also auch Tatsachen, die vom Gericht festgestellt werden [149]. Der Bundesgerichtshof hat sich wohl für den weiten Begriff im obigen Sinne entschieden [150], ebenso Jauernig [151]. Richtig ist es, den Begriff des ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits auf das zu beschränken, was mit der Rechtskraft des Urteils beschrieben wird. Schon die Formulierung "Ausgang" deutet darauf hin, daß damit nicht Zwischenfeststellungen beliebiger Art gemeint sein können, da diese keine Beendigung eines Rechtsstreits darstellen. Die systematische Auslegung bestätigt diesen Befund. Der Sinn des § 72 ZPO liegt nämlich nicht darin, generell differierende Feststellungen von Gerichten zu vermeiden, sondern eben nur insoweit als eine Partei hinsichtlich ihres Anspruchs in die fatale Lage "zwischen zwei Stühle" gerät, so daß sie gegen alle Vernunft

---

149) Nach einhelliger Auffassung umfaßt die Interventionswirkung auch den festgestellten Sachverhalt; siehe B. IV.2.a.

150) BGHZ 36, 212, 216

151) Jauernig JZ 1962, 416

zwei Prozeßverluste hinnehmen muß. Daraus ist allerdings wiederum nicht zu schließen - wie es jedoch teilweise geschieht [152] -, daß der Begriff "ungünstiger Ausgang" alles umfaßt, was durch die Rechtskraft des Urteils umschrieben wird, wie folgendes Beispiel erweist:

> Ein Bauherr verklagt wegen eines Mangels des Bauwerks den Generalunternehmer und unterliegt nur deswegen, weil dieser gegen den eingeklagten Betrag wirksam aufrechnet.

Hier wird klar, daß als "ungünstiger Ausgang" im Sinne von § 72 ZPO keinesfalls das klageabweisende Urteil angesehen werden kann, sondern die dem Ersturteil vorausgehende Entscheidung über den Klageanspruch, die hier als Hauptentscheidung bezeichnet wird. Mit dem ungünstigen Ausgang des Rechtsstreits ist demnach nicht unbedingt das rechtskräftige Endurteil gemeint, sondern die rechtskräftige Entscheidung über den Anspruch, dessen Einklagung Anlaß zur Streitverkündung gibt.

---

152) Siehe BGHZ 36, 212, 216; wohl auch OLG München VersR 1976, 72

c. Auch negative Entscheidung im Kostenpunkt?

Die Frage, ob als ungünstiger Ausgang des Rechtsstreits auch eine negative Entscheidung im Kostenpunkt angesehen werden kann, ist bisher lediglich von Leipold [153] gestreift und verneint worden. Dem ist beizupflichten. Zur Begründung ist zurückzugreifen auf das, was bereits zur Zulässigkeit der Streitverkündung im Kostenfestsetzungsverfahren [154] gesagt wurde. Es ist nicht zu erkennen, daß die Kostenentscheidung oder ihr vorausgehende Feststellungen zu einem Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung führen können. Die Kosten eines Rechtsstreits werden prinzipiell entweder starr (§ 93a, 93c ZPO) oder nach dem Ausgang des Verfahrens (§§ 91 Absatz 1, 91a Absatz 1, 92, 97 ZPO) verteilt. Im übrigen entscheidet das prozessuale Verhalten der Parteien (§§ 93, 93b, 94, 95, 96, 97 Absatz 2 ZPO). All diese Feststellungen bewirken keinen Drittanspruch im Sinne des § 72 ZPO.

5. Die subjektive Sicht des Streitverkünders

Es ist sowohl in Literatur wie in Rechtsprechung unum-

---

153) Stein/Jonas/Leipold § 66 Rz 20 iVm § 72 Rz 13 Fn 14
154) Siehe oben B.II.2.c.

stritten, daß es hinsichtlich der Beurteilung des Drittanspruchs auf die subjektive Einstellung und Bewertung des Streitverkünders ankommt [155]. Früher wurden hierzu ohne Begründung auch andere Ansichten vertreten [156]. Doch hat sich wegen des relativ klaren Gesetzestextes und der Interessenlage bald eine herrschende Meinung herauskristallisiert [157].

6. Formgültige Streitverkündung

Erste Voraussetzung für den Eintritt der Interventionswirkung ist eine gemäß § 73 ZPO erklärte Streitverkündung, wobei allerdings Heilung nach § 295 ZPO zuzulassen ist [158]. Dies ist allgemein anerkannt [159].

---

155) BGH VersR 1962, 952; BGHZ 70, 187
156) Siehe BGHZ 36, 212 mwN
157) Siehe etwa Zöller/Vollkommer § 72 Rz 3
158) BGH NJW 1976, 293
159) BGH NJW 1985, 328; Stein/Jonas/Leipold § 73 Rz 1

III. Weitere Voraussetzungen für den Eintritt der prozessualen Streitverkündungswirkung

1. Keine Zurückweisung des Beitritts des Streitverkündeten auf seiten des Streitverkünders

Die Literatur vertritt fast einhellig die Ansicht, daß auch für den Beitritt des Streitverkündeten die Voraussetzungen des § 66 ZPO erfüllt sein müssen [160]. Es ist daher der Fall denkbar, daß der Beitritt des Streitverkündeten zurückgewiesen wird. Teilweise wird dann die Ansicht vertreten, die Streitverkündung übe in solch einem Fall keine Wirkungen aus [161]. Diese Ansicht ist zu billigen, was die prozessualen Wirkungen der Streitverkündung angeht, weil der Streitverkündungsgegner keine Möglichkeiten mehr hat, zu seinen Gunsten in den Erstprozeß einzugreifen. Jede andere Betrachtungsweise bedeutete einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot des rechtlichen Gehörs [162]. Anders ist zu entscheiden hinsichtlich der materiellrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung [163]. Einen einfacheren Weg geht eine Mindermeinung [164], die nach erfolgter Streitverkündung die Zurückweisung des Bei-

---

160) Wieser FamRZ 1971, 393 Fn 2; Zöller/Vollkommer § 74 Rz 2; Stein/Jonas/Leipold § 74 Rz 2

161) Stein/Jonas/Leipold § 74 Rz 6; Bischof JurBüro 1984, 969, 983

162) Siehe hierzu A.IV.1.b.

163) Siehe unten B.V.4.

164) Kleinfeller KVJS 45, 41; Odersky § 641 b ZPO Anmerkung 5; in der praktischen Auswirkung nach Stein/Jonas/

tritts des Streitverkündeten auf seiten des Streitverkünders ausschließt. Dagegen ist anzuführen, daß diese Lösung dem Streitverkünder ungerechtfertigterweise noch die Verjährungsunterbrechung zugesteht, obwohl bereits klar ist, daß die Voraussetzungen des § 72 ZPO nicht vorliegen.

2. Rechtskräftige Entscheidung zuungunsten des Streitverkünders

a. Rechtskräftige Entscheidung

Erste und unabdingbare Voraussetzung für den Eintritt der Interventionswirkung ist die rechtskräftige Entscheidung des Erstprozesses. Dies beinhaltet zum einen, daß überhaupt eine richterliche Entscheidung vorliegen muß. Ein Prozeßvergleich stellt keine richterliche Entscheidung dar und führt daher die Interventionswirkung nicht herbei [165]. Diese Erkenntnis läßt es in vielen Fällen ratsam erscheinen, den Dritten wegen der fehlenden Interventionswirkung in den Prozeßvergleich miteinzubeziehen.
Zum anderen muß die richterliche Entscheidung rechts-

Leipold § 74 Rz 3, weil er annimmt, daß das Interesse des Dritten, dem Streitverkünder beizutreten, schon durch die Tatsache der in der Streitverkündung liegenden Drohung mit einer Rückgriffsforderung ohne weiteres gegeben ist.

165) Zöller/Vollkommer § 68 Rz 3; Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 1

kräftig sein, um Interventionswirkung entfalten zu können. Dies ergibt sich eindeutig aus § 68 1. Halbsatz ZPO, wo von Entscheidung des Rechtsstreits die Rede ist.

b. Art der Entscheidung - Sachentscheidung

Da nach herrschender Meinung [166] auch Prozeßurteile in Rechtskraft erwachsen, liegt es nahe, diesen auch Interventionswirkung zuzuschreiben. Tatsächlich ist bei Thomas/Putzo [167] unter Berufung auf Martens [168] ausgeführt, daß auch Prozeßurteile Interventionswirkung auszulösen vermögen. Diese Bezugnahme beruht jedoch auf Irrtum. Martens bezieht zu dieser Frage überhaupt keine Stellung, sondern befaßt sich mit dem ganz anders gelagerten Problem, ob das Ersturteil in der Form eines Sachurteils auch Bindungswirkung hinsichtlich der Sachurteilsvoraussetzungen entfaltet [169]. In der übrigen Literatur [170] wird zu Recht einem Prozeßurteil keine Interventionswirkung zugebilligt. Begründet wird dies mit dem gesetzesteleologischen Argument, infolge einer fehlenden Sachentscheidung bestehe nicht die Gefahr, daß der Richter des Folgeprozesses sich in der Sache für eine andere Alternative entscheide und damit der Streit-

---

166) Rosenberg/Schwab § 153 II; Zöller/Vollkommer § 322 Rz 1 und 2

167) Thomas/Putzo § 68 Anmerkung 2 c

168) Martens ZZP 85, 77, 94

169) So auch Schwanecke S. 98 Fn 194

170) Wieczorek § 68 A I a 1; Schwanecke S. 97; Thomas/Putzo, ZPO, 1. bis 6. Auflage, § 68 Anmerkung 2 c

verkünder benachteiligt werde [171]. Dieser Begründung ist beizupflichten. Sie meint das, was hier mit anderer Nomenklatur als das Fehlen der streitverkündungstypischen Notlage bezeichnet wird und bereits oben bei der Frage der Zulässigkeit der Streitverkündung im Kostenfestsetzungsverfahren als Argument benutzt wurde. Tatsächlich ist die streitverkündungstypische Notlage bei Prozeßurteilen nicht gegeben.

c. Inhalt der Entscheidung: Zuungunsten des Streitverkünders im Sinne von Prozeßverlust

Der Bundesgerichtshof hat sich mit der Frage, ob der Eintritt der Interventionswirkung den tatsächlich ungünstigen Ausgang des Erstprozesses voraussetzt, befaßt, und verneint sie. Ausgesprochen hat dies der Bundesgerichtshof in vielen Entscheidungen [172], davon betrifft jedoch bemerkenswerterweise lediglich eine einzige entscheidungserheblich die Interventionswirkung [173] und auch in den Gründen dieser Entscheidung wird Bezug genommen auf eine andere Entscheidung, die die materiellrechtliche Wirkung der Streitverkündung betrifft.

---

171) Schwanecke S. 97 f

172) BGHZ 36, 212; BGH VersR 1962, 952; BGHZ 65, 127; BGHZ 70, 187

173) BGH VersR 1962, 952

Die Ansichten zur angeschnittenen Frage in der Literatur sind gespalten. Die einen hängen kommentarlos der Meinung des Bundesgerichtshofs an [174], andere bekämpfen diese [175], wobei zu sagen ist, daß einzig Wieser den Versuch einer Begründung zeigt.

Der Ansicht des Bundesgerichtshofs kann nicht gefolgt werden. Dies wird bereits an dem Fall deutlich, der oben als Schiffsschaukelfall [176] bezeichnet wurde. In dieser Entscheidung befaßte sich der Bundesgerichtshof entscheidungserheblich mit der aufgeworfenen Frage und führt aus [177], die Feststellungen, die das Erstgericht zum schädigenden Ereignis und zum Schaden getroffen hat, seien im Folgeprozeß bindend geworden. Durch den für zulässig erklärten Beitritt sei die Intervention gemäß § 68 ZPO wirksam geworden.

Diese Stellungnahmen beruhen auf einem Irrtum. Die Zulässigkeit der Streitverkündung bzw. des Beitritts sagt nämlich über die Reichweite der Interventionswirkung nichts aus [178]. Die Reichweite der Interventionswirkung wird vielmehr bestimmt von vielen Faktoren, die teilweise erst durch das Erstgericht mitfestgelegt werden. Im Schiffsschaukelfall konnten die Feststellungen des Erstgerichts zum schädigenden

---

174) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 72 Anmerkung 1; Thomas/Putzo § 72 Anmerkung 3 b

175) Zöller/Vollkommer § 74 Rz 6; Rosenberg/Schwab § 48 IV; Bruns Rz 67; Wieser FamRZ 1971, 393

176) BGH VersR 1962, 952; siehe oben B.II.3.c.

177) BGH VersR 1962, 952, 953

178) So auch Häsemeyer NJW 1978, 1165

Ereignis und zum Schaden gar nicht bindend werden, weil diese die Gemeinde nicht beeinflussen konnte. Dies wäre aber Voraussetzung, wenn sich die Interventionswirkung auf sie erstrecken sollte [179].

Das für den Schiffsschaukelfall gefundene Ergebnis läßt sich auch allgemein begründen. Dafür spricht zunächst schon der Gesetzestext. Im § 72 ZPO ist nämlich der für eine Partei ungünstige Ausgang erwähnt. Doch kann hiergegen eingewandt werden, daß § 72 ZPO lediglich die Zulässigkeit der Streitverkündung regelt, wobei es auf die subjektive Einstellung und Bewertung des Streitverkünders ankommt, jedoch über die Reichweite der Interventionswirkung bei tatsächlich günstigem Ausgang des Rechtsstreits direkt nichts aussagt. Es ist daher auf Sinn und Zweck der Streitverkündung zurückzugreifen. Wenn der Erstprozeß zugunsten des Streitverkünders ausgegangen ist, so befindet sich dieser nicht mehr in der streitverkündungstypischen Notlage, diese ist vielmehr durch die Entscheidung des Erstgerichtes beendet.

Bei diesem klaren Ergebnis muß die gegensätzliche Position des Bundesgerichtshofs Erstaunen hervorrufen. Sie beruht jedoch auf einem nachvollziehbaren Irrtum. Dazu wird der Bundesgerichtshof durch zwei von ihm einge-

---

179) Siehe B.IV.2.d.

nommene Rechtspositionen verleitet, wobei erstere abzulehnen ist. Diese beinhaltet die These, daß lediglich eine zulässige Streitverkündung verjährungsunterbrechend wirken kann [180]. Die andere besagt, daß eine Streitverkündung, die keine Interventionswirkung auslöst, unzulässig ist [181]. Ausgehend von diesen beiden Prämissen ist die Stellungnahme des Bundesgerichtshofes zur hier aufgeworfenen Frage verständlich. Hätte sich nämlich der Bundesgerichtshof anders entschieden, so hätte dies bei Aufrechterhaltung der beiden genannten Prämissen zur Folge, daß eine Streitverkündung bei tatsächlich günstigem Ausgang des Rechtsstreits keine verjährungsunterbrechende Wirkung zeitigte - ein Ergebnis, das keinesfalls zu billigen wäre, da der Ausgang eines Prozesses nicht vorauszusehen ist.

IV. Die prozessualen Wirkungen der Streitverkündung

Die prozessuale Auswirkung der Streitverkündung ist in § 74 ZPO normiert. Sie besteht in der Interventionswirkung nach § 68 ZPO. Danach wird der Streitverkündete mit der Behauptung, der Rechtsstreit sei unrichtig entschieden, im Verhältnis zum Streitverkünder nicht gehört. Gleich-

---

180) BGHZ 65, 127, 130; BGHZ 70, 187, 189; siehe dazu B.V.3.

181) BGH VersR 1962, 952; BGHZ 36, 212, 215

falls wird dem Streitverkündeten in bestimmtem Umfang gegenüber dem Streitverkünder die Einrede der mangelhaften Prozeßführung abgeschnitten. Der Umfang dieser Bindungswirkung ist in vielen und sogar wesentlichen Punkten streitig.

1. Umfang der Interventionswirkung in subjektiver Sicht

a. Beschränkung der Interventionswirkung auf Verhältnis Streitverkünder zu Streitverkündungsempfänger

Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzestextes in §§ 74, 68 ZPO bedarf es keines Hinweises, daß die Interventionswirkung auf das Verhältnis zwischen Streitverkünder und Streitverkündeten beschränkt ist, also keinesfalls den Gegner des Streitverkünders erfaßt. Neuerdings versucht jedoch Schreiber [182] eine Ausweitung der Interventionswirkung auf das Verhältnis Streitverkündeter - Prozeßgegner des Streitverkünders zu begründen. Er konstruiert folgendes Beispiel:

> A verlangt von B aus § 985 BGB die Herausgabe eines Kommentars, den A dem C geliehen hatte. B

---

182) Schreiber Jura 1980, 75

erklärt, er habe gemäß § 932 BGB gutgläubig Eigentum erworben. A erhebt Klage gegen B, B verkündet C den Streit. C tritt nicht bei. Die Klage wird abgewiesen mit der Begründung, B habe gutgläubig Eigentum erworben. Nun verklagt A den C auf Schadensersatz. C trägt unter Beweisangebot vor, B sei nicht gutgläubig gewesen. Da A hiermit noch Eigentümer sei, müsse die Klage abgewiesen werden.

Schreiber [183] meint, das Vorbringen des C im Folgeprozeß verstoße gegen das Verbot des "venire contra factum proprium" und sei unzulässig [184].
Dem kann nicht gefolgt werden. Es ist nämlich weder zu erkennen, daß C widersprüchlich gehandelt hätte noch daß A auf die geschaffene Sach- und Rechtslage vertrauen durfte. Schreiber übersieht zum einen, daß C, wäre er auf seiten des B beigetreten, wegen § 67 ZPO mit dem Vortrag, B sei nicht gutgläubig gewesen, nicht zugelassen worden wäre. Aus dem Nichtbeitritt des C konnte demnach A entgegen Schreiber nicht schließen, C wäre auch ihm nicht beigetreten, selbst wenn er ihm den Streit verkündet hätte. Zum anderen läßt Schreiber bei

---

183) Schreiber Jura 1980, 75, 81

184) Hierzu ist bemerkenswert, daß Milleker ZZP 80, 288, 304 die Ansicht vertritt, daß § 74 Absatz 3 ZPO auf dem dogmatischen Gesichtspunkt des "venire contra factum proprium" beruht.

seiner Argumentation außer Acht, daß für den Eintritt der Interventionswirkung zugunsten des A nach dessen Streitverkündung an C ohne Bedeutung ist, ob C auf seiten des A interveniert (§ 74 Absatz 3 ZPO).

b. Keine Interventionswirkung zugunsten des Streitverkündeten

Auszugehen ist vom Gesetzestext, der eindeutig nur von der Wirkung der Streitverkündung zu Lasten des Streitverkündeten spricht (§§ 74 Absatz 3 ZPO). Darüber ist man sich überwiegend einig [185]. Es fragt sich daher nur, ob es nicht gerechtfertigt erscheint, die §§ 74, 68 ZPO analog zugunsten des Streitverkündeten anzuwenden. Dies wäre lediglich dann angezeigt, wenn sich die Situation des Streitverkündeten in der für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Hinsicht ähnlich darstellen würde wie die des Streitverkünders [186]. Was diese notwendige Prämisse angeht, so ist auf Sinn und Zweck der Streitverkündung zurückzugreifen. Wie oben [187] bereits herausgestellt, ist die Streitverkündung als Hilfestellung für den gedacht, der aufgrund des Sachverhalts gezwungen ist, wegen eines einheitlichen Vorgangs zwei Prozesse zu

---

185) So auch Häsemeyer ZZP 84, 179, 198; aA Lammenett S. 157

186) Larenz S. 366

187) Siehe B.I.2.

führen, um zu seinem Recht zu kommen, und dabei Gefahr läuft, wegen fehlender Bindungswirkung des für ihn negativen Ersturteils ein zweites Mal zu verlieren, obwohl er aus Gründen des materiellen Rechts einmal gewinnen müßte. Der Streitverkündete bedarf dieser Hilfe nicht. Er hat lediglich mit einem Prozeß zu rechnen [188]. Die Erhebung einer Klage durch den Streitverkünder gegen den Streitverkündeten bringt auf seiten des Streitverkündeten nichts Ungewöhnliches. Zumindest ist auf seiten des Streitverkündeten eine der streitverkündungstypischen Situation ähnliche Notlage nicht zu erkennen.
Trotz dieses klaren Befundes hat sich vor allem in der Literatur an dieser Fragestellung eine weitläufige Diskussion entfacht. Schon das Reichsgericht hatte sich mit dieser Problematik befaßt und durchgängig eine Interventionswirkung zugunsten des Streitverkündeten mit der Begründung abgelehnt, diese sei dem Gesetz fremd [189]. Dabei muß, um Mißverständnisse auszuschließen, darauf hingewiesen werden, daß die beiden ersten Stellungnahmen

---

188) So auch Schwanecke S. 111

189) RG Warneyer 1931, 44, 49; RG JW 1933, Nr. 16; RG JW 1937, 1434; RGZ 153, 271, 274

des Reichsgerichts, abgedruckt in Warneyer 1931, 44, 49 und JW 1933, 1064 sinnentstellende Fehler enthalten. So muß es bei Warneyer 1931, 44, 49 statt "eine Wirkung der Vorentscheidung zugunsten des Streitverkündenden ist dem Gesetz fremd" richtig heißen "eine Wirkung der Vorentscheidung zugunsten des Streitverkündeten ist dem Gesetz fremd". Im zweiten oben zitierten Urteil wird auf das erste Bezug genommen und dessen Fehler korrigiert. Bereits aber im darauffolgenden Satz heißt es statt "Der Streitverkündende" fälschlicherweise "Der Streitverkündete". Daß es sich hier eindeutig um Druckfehler handeln muß, ergibt sich aus dem Zusammenhang in den beiden Urteilen und der Tatsache, daß zum einen an anderer Stelle [190] der Druckfehler bei Warneyer erkannt, und zum andern in einem dritten Urteil, abgedruckt in RGZ 153, 271, wiederum auf obiges zweite Urteil Bezug genommen und die Reichsgerichtsmeinung fehlerfrei wiedergegeben wurde.

Der Bundesgerichtshof hat sich bislang zu der hier aufgeworfenen Frage nicht geäußert.

In der Literatur hat sich eine herrschende Meinung herausgebildet, die ebenso wie das Reichsgericht eine Anwendung der §§ 74, 68 ZPO zugunsten des Streitverkün-

---

190) RG HRR 1933, Nr. 530; offensichtlich geben die Stellen HRR 1933, Nr. 530 und JW 1933, 1064 dieselbe Entscheidung wieder; dies übersehen Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 12 und Schneider MDR 1961, 3, 7 Fn 31 und 43; das in JW 1933 Nr. 16 wiedergegebene Aktenzeichen muß statt III 421/31 richtig III/32 heißen

deten ablehnt [191]. Schneider vermittelt und läßt die Interventionswirkung auch zugunsten des Streitverkündeten dann eintreten, wenn dieser beigetreten ist [192]. Nach Leipold [193] sprechen drei Aspekte für den Eintritt der Interventionswirkung zugunsten des Streitverkündeten; zum einen, daß die Streitverkündung auch auf die Erfüllung öffentlicher Interessen ziele, nämlich auf die Verhinderung einer erneuten und unter Umständen widersprüchlichen Beurteilung derselben Frage, weiter daß die Interventionswirkung von Amts wegen zu beachten sei und drittens, daß nicht zwischen günstigen und ungünstigen Teilen des Ersturteils geschieden werden könne. Was das erste Argument angeht, so gibt es nichts für die zu entscheidende Frage her. Genauso richtig oder unrichtig wäre die Folgerung, auch die Rechtskraft müsse sich auf Tatsachen erstrecken und nicht nur auf den Tenor der Entscheidung, da die Einrichtung der Rechtskraft dem öffentlichen Interesse diene. Da dieser Schluß gerade nicht richtig ist, ist mit dem Argumentieren über das öffentliche Interesse Vorsicht geboten. Hier müßte schon ein Argument dafür vorgetragen werden, warum gerade die Erstreckung der Interventionswirkung zugunsten des Streitverkündeten im öffentlichen Interesse wäre. Doch

---

191) Zöller/Vollkommer § 68 Rz 5; weitere Nachweise bei Lammenett S. 157; aA: Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 12; Wieczorek § 68 A II a; Häsemeyer ZZP 84, 198; Stahl S. 139; Lammenett S. 157

192) Schneider MDR 1961, 3, 7 f

193) Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 12

braucht dieser Überlegung schon deswegen nicht näher nachgegangen werden, weil, wie oben [194] näher dargelegt, die Streitverkündung gerade nicht im öffentlichen Interesse, sondern einzig und allein im Privatinteresse liegt.

Die beiden anderen Argumente müssen im Zusammenhang gesehen werden. Denn daß aus der These allein, die Interventionswirkung sei von Amts wegen zu beachten, nicht geschlossen werden kann, daß sie der Streitverkündete zu seinen Gunsten beanspruchen kann, dürfte nicht zweifelhaft sein [195]. Da müßte schon noch eine weitere Prämisse hinzukommen.

Doch auch die beiden letzten Argumente zusammengenommen tragen nichts zur Lösung des zu klärenden Problems bei. Zunächst ist es ungenau, wenn behauptet wird, es könne nicht zwischen dem Streitverkünder günstigen oder ungünstigen Teilen des Urteils geschieden werden. Gemeint ist damit - dies wird deutlich durch die Bezugnahme auf RGZ 153, 271 - daß der Streitverkünder dem Streitverkündungsempfänger die Interventionswirkung des Ersturteils entweder ungeteilt oder gar nicht entgegenhalten kann, so daß es ihm verwehrt ist, aus den der Erstentscheidung zugrunde liegenden tatsächlichen Feststel-

---

194) Siehe oben B.I.3.

195) So auch Wieser ZZP 79, 246, 291; Bischof JurBüro 1984, 1141, 1149

lungen und aus der dort vorgenommenen Beurteilung vorgreiflicher Rechtsverhältnisse sich einzelne ihm günstig erscheinende tatsächliche Feststellungen und rechtliche Folgerungen herauszusuchen, diese dem Streitverkündungsempfänger entgegenzusetzen, das dazu nicht Stimmende aber im Widerspruch zu den §§ 74, 68 ZPO nicht als richtig gelten zu lassen [196]. Daraus ist aber lediglich der Schluß zu ziehen, daß nur solche für den Streitverkündungsempfänger günstigen und ungünstigen Feststellungen nicht unterschieden werden können, die gleichzeitig von der Interventionswirkung erfaßt werden. Keinesfalls gilt dies für solche dem Streitverkündungsempfänger günstige Feststellungen, die nicht wie oben gefordert mit den für ihn ungünstigen verknüpft sind. Ob solch eine Konstellation überhaupt denkbar ist, erscheint zweifelhaft. Dem Verfasser ist es nicht gelungen, ein derartiges Beispiel zu konstruieren. Insoweit darf darauf verwiesen werden, daß die rechtliche Beurteilung in dem Urteil, auf das Stein/Jonas Bezug nimmt [197], ein obiter dictum darstellt. Aber selbst wenn es diese - wohl pathologischen - Fälle gäbe, so ließe sich daraus allenfalls herleiten, daß für diese so verknüpften Feststellungen notgedrungen eine Art Teilinterventionswirkung zugunsten des Streit-

---

196) RGZ 153, 271, 274
197) RGZ 153, 271

verkündeten anzuerkennen wäre. Eine Ausdehnung zugunsten des Streitverkündeten auf alle Feststellungen des Ersturteils rechtfertigt dies nicht.
Wieczorek [198] begründet seine Meinung nicht, er beruft sich lediglich auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 06.05.1903, abgedruckt in RGZ 54, 354. Daß diese Entscheidung jedoch für das hier zu lösende Problem ohne Bedeutung ist, wurde schon des öfteren dargelegt [199]. Aus diesem Grund wird vermutlich obige Entscheidung des Reichsgerichts von Leipold entgegen früherer Übung [200] nicht mehr zitiert.
Häsemeyer [201] meint, das Umschlagen der Alternativität in eine Gleichordnung mit Kumulationseffekt wäre zugunsten der Hauptpartei ebenso unerträglich wie zu deren Lasten. Es leuchte nicht ein, wenn sich die Hauptpartei zwar gegen einen totalen Anspruchsverlust sichern kann, andererseits aber dasselbe Interesse zweimal bekommt. Hier ist schon im Ansatz zu widersprechen. Im ersten Fall ist nämlich eine Partei gezwungen, zwei Prozesse zu führen, um zu ihrem Recht zu kommen, im zweiten gerade nicht. Zum anderen hat Häsemeyer nicht die Unwahrscheinlichkeit, um nicht zu sagen die Unmöglichkeit der zweiten Konstellation bedacht. Die Partei, die bereits

---

198) Wieczorek § 68 A II a
199) RG JW 1933, 1064; Schneider MDR 1961, 3, 7
200) Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 19. Auflage, § 68 III Fn 20
201) Häsemeyer ZZP 84, 179, 198

im Erstprozeß obsiegt hat, hat bereits ihr Recht, und es besteht kein Anlaß, nochmals gegen einen Dritten vorzugehen. Es wäre lediglich daran zu denken, daß sich die Partei, die in der Zwangsvollstreckung aus dem Ersturteil erfolglos geblieben ist, am Streitverkündeten schadlos halten will. Dieser Fall erscheint jedoch unbedenklich, da der Streitverkünder dasselbe Interesse wirtschaftlich nicht zweimal bekommt.
Noch mit einem weiteren Argument versucht Häsemeyer seine Ansicht zu stützen. Er meint, man geriete bei lediglich einseitiger Interventionswirkung in Fällen der Rechtskrafterstreckung in nicht zu behebende Schwierigkeiten, und führt einen Fall des § 129 HGB mit folgendem Beispiel an [202]:

> "Tritt ein Gesellschafter einer oHG dieser in einem Passivprozeß bei, so wirkt das Urteil im Verhältnis zum Kläger gegen ihn Rechtskraft (§ 129 Absatz 1 HGB). Er muß also die Schuld der Gesellschaft bezahlen. Gleichwohl stünde nicht zu seinen Gunsten fest, daß ihm die Gesellschaft diese Aufwendungen nach § 110 HGB ersetzen müßte, auch wenn das nur vom Bestand der Haupt-

---

202) Häsemeyer ZZP 84, 179, 199

verbindlichkeit abhängt. Vielmehr könnte sich die Gesellschaft ihm gegenüber noch darauf berufen, daß er unnötigerweise, nämlich eine Nichtschuld, bezahlt habe."

Dies vermag nicht zu überzeugen. Zunächst muß klargestellt werden, daß sich die Rechtskrafterstreckung nicht aus § 325 ZPO ergibt [203], die Rechtskraft demnach nicht das Urteil im ganzen erfaßt, sondern lediglich die Einwendungen der Gesellschaft (§ 129 HGB), so daß die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Gesellschafter gemäß § 727 ZPO ausscheidet [204]. Trotzdem ist zum Schutze des Gesellschafters, der zur Vermeidung eines Prozesses gegen ihn die Gesellschaftsschuld bezahlt, nicht eine Interventionswirkung zu seinen Gunsten ausgehend von seinem Beitritt im Erstprozeß eines Gläubigers gegen die Gesellschaft zu fordern. Daß nämlich der Gesellschafter, der eine Gesellschaftsschuld nach deren rechtskräftiger Verurteilung bezahlt, die Aufwendung hierfür von der Gesellschaft verlangen kann, ergibt sich aus § 110 HGB. Dies ist anerkannt [205]. Dagegen kann sich die Gesellschaft nicht mit dem Argument zur Wehr setzen, im Verhältnis zu ihr stehe nicht

---

203) BGHZ 64, 155, 156

204) Schwab ZZP 77, 124, 151 bezeichnet die Wirkung des § 129 HGB als Präklusionswirkung oder aber als Drittwirkung der Rechtskraft.

205) BGHZ 37, 299, 301; Baumbach/Duden/Hopt § 110 Anmerkung 1 B

zu seinen Gunsten fest, daß Einwendungen der Gesellschaft nicht durchgreifen. Nach § 110 HGB kann nämlich ein Gesellschafter Aufwendungen geltend machen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf. Daraus ist wohl zweifelsfrei abzulesen, daß es nicht darauf ankommen kann, ob das Urteil des Erstprozesses auch im Verhältnis Gesellschaft zu Gesellschafter in Rechtskraft oder Interventionswirkung erwachsen ist. Denn wenn im Verhältnis zum Gesellschaftsgläubiger rechtskräftig feststeht, daß die Gesellschaft eine Schuld bezahlen muß, so darf mit den Worten des § 110 HGB gesprochen der Gesellschafter die Bezahlung dieser Schuld den Umständen nach für erforderlich halten, da er doch die unmittelbar bevorstehende Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft abwendet. Er braucht nicht abzuwarten, bis ihn der Gläubiger mit einem Prozeß überzieht. Aus diesen Überlegungen wird klar, daß das von Häsemeyer aufgeworfene Problem kein Problem der Interventionswirkung, sondern ein solches der Auslegung des § 110 HGB ist. Aber selbst wenn es überhaupt vorstellbar wäre - wie nicht -, daß ein Richter zu § 110 HGB eine andere Ansicht vertreten würde, so wäre das von Häsemeyer angeführte Problem nicht akut. Der Gesellschafter könnte eine Bindung der

Gesellschaft dadurch herbeiführen, daß er sich vom Gläubiger verklagen läßt - eine Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des in dem Prozeß des Gläubigers gegen die Gesellschaft ergehenden Urteils ist nach obigem nicht möglich - und dann in diesem Prozeß durch Streitverkündung an die Gesellschaft die Interventionswirkung gegenüber der Gesellschaft herbeiführt.
Schneider [206] will dem Streitverkündeten die Interventionswirkung dann zubilligen, wenn er beigetreten ist, da dessen Belange dafür sprechen. Der Nebenintervenient könnte nämlich kein Verständnis dafür aufbringen, wenn er sich auf die Vorentscheidung nicht soll berufen dürfen, wohl aber die Hauptpartei; auch das öffentliche Interesse an sich nicht widersprechenden Gerichtsentscheidungen - das Verlangen nach Rechtssicherheit - spreche dafür. Was das letztere Argument angeht, so ist zu sagen, daß sich Schneider damit in Widerspruch setzt zu einer seiner anderen Thesen, wonach die Interventionswirkung nicht von Amts wegen zu beachten sei [207]. Läge die Interventionswirkung tatsächlich im öffentlichen Interesse, so müßte sie folgerichtig auch von Amts wegen beachtet werden [208]. Abgesehen davon wäre auch daraus, daß die Interventionswirkung zugunsten des

---

206) Schneider MDR 1961, 3, 7 f

207) Schneider MDR 1961, 3, 5; insoweit ist die Erklärung Schneiders auf Seite 4 unverständlich, wo es heißt, die Interventionswirkung sei von Amts wegen zu beachten. Vermutlich gibt hierbei Schneider lediglich eine Literaturmeinung wieder.

208) Pohle S. 207; dazu weiter unten B.IV.3.

Streitverkünders im öffentlichen Interesse liegt, nicht zu schließen, daß man auch die Interventionswirkung zugunsten des Streitverkündeten zulassen müsse. Hier ist lediglich auf die Ausführungen zu verweisen, die oben bei der Auseinandersetzung mit den Argumenten Leipolds festgehalten wurden.

Auch dem ersten Argument Schneiders ist entgegenzutreten. Vom Sinn und Zweck der Streitverkündung her ist es sehr wohl verständlich, daß lediglich dem Streitverkünder die Interventionswirkung zu Gebote stehen soll und nicht dem Streitverkündeten, auch wenn er beitritt. Der Streitverkünder allein ist nämlich in der Zwickmühle, die dadurch gekennzeichnet ist, daß er gezwungen ist, eventuell gegen zwei Parteien vorgehen zu müssen und wegen fehlender Bindung des für den Folgeprozeß zuständigen Gerichts an die Feststellungen des Erstgerichts in Gefahr steht, zweimal zu verlieren. In dieser streitverkündungstypischen Situation befindet sich der Streitverkündete nicht. Ihm droht nur die Gefahr, einmal verklagt zu werden. Das ist normal. Daß er über die Streitverkündung die Chance erhält, durch Unterstützung einer Partei des Erstprozesses diese Gefahr zu bannen, ist als Ausgleich dafür zu sehen, daß er even-

tuell die Ergebnisse dieses Erstprozesses gegen sich gelten lassen muß. Es ist also nicht ersichtlich, daß Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, wie Schneider meint, die analoge Anwendung von §§ 74, 68 ZPO zugunsten des Streitverkündeten fordern.

Lammenett [209] ist der Ansicht, daß aus dem Wortlaut des § 68 ZPO nicht zwingend folge, daß diese Vorschrift nur gegen den Dritten anzuwenden sei, sondern eher das Gegenteil, daß auch zu dessen Gunsten die Bindungswirkung eintrete. Hier übersieht Lammenett § 74 Absatz 3 ZPO, wo eindeutig von der Anwendung des § 68 ZPO gegen den Dritten die Rede ist. Die weitere Argumentation Lammenetts fußt dann entsprechend seiner Ausgangsposition auf der These, daß nachzuweisen sei, daß Sinn und Zweck des § 68 ZPO für dessen Anwendung allein zugunsten der Hauptpartei spreche [210]. Richtig ist jedoch genau der umgekehrte Ansatz, daß wegen des Wortlauts des Gesetzestextes nachgewiesen werden muß, daß Sinn und Zweck der §§ 74, 68 ZPO eine Ausdehnung der Bindungswirkung zugunsten des Streitverkündeten rechtfertigt. Aus diesem Grund erscheint die weitere Argumentation Lammenetts zur vorgelegten Frage unbrauchbar.

---

209) Lammenett S. 157 ff

210) Lammenett S. 157 ff

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, daß entgegen einer beachtlichen Meinung in der Literatur eine analoge Anwendung der §§ 74, 68 ZPO zugunsten des Streitverkündeten nicht anzuerkennen ist.

2. Umfang der Interventionswirkung in objektiver Hinsicht

Die Bindungswirkung einer Entscheidung kann sich sowohl auf den festgestellten Sachverhalt als auch auf dessen rechtliche Bewertung beziehen. Über das Institut der Rechtskraft sind wir gewohnt zu hören, es ergreife nicht die tatsächlichen Feststellungen und die Entscheidungsgründe [211]. Unabhängig davon, wie das Verhältnis von Rechtskraft und Interventionswirkung gesehen wird, so ist es doch allseits und ohne Ausnahme vertretene Meinung, daß die Interventionswirkung viel weiter greift, als dies von der Rechtskraft angenommen wird.

a. Erstreckung auf tatsächliche Feststellungen

Gemäß §§ 74 Absatz 3, 68 ZPO wird der Streitverkündete im Verhältnis zum Streitverkünder nicht mit der Behaup-

---

211) Zöller/Vollkommer Vor § 322 Rz 31

tung gehört, daß der Rechtsstreit, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden worden sei; ferner wird der Streitverkündete mit der Behauptung, daß der Streitverkünder den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zu der Zeit, zu der der Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war, oder durch Erklärungen und Handlungen des Streitverkünders verhindert worden ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihm unbekannt waren, vom Streitverkünder absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind. Aus dieser weitläufigen Formulierung wurde von jeher abgeleitet, daß der Richter des Folgeprozesses über die Interventionswirkung auch hinsichtlich des im Erstprozeß festgestellten Sachverhalts gebunden ist. Erstmals wurde dies vom Reichsgericht mit Urteil vom 04.11.1899 [212] so entschieden. Das Reichsgericht hat daran in ständiger Rechtsprechung festgehalten, der Bundesgerichtshof und die Literatur haben sich dem ohne Einschränkung angeschlossen [213]. Im übrigen würde die gegenteilige Ansicht nicht nur Sinn und Zweck der Streitverkündung zuwiderlaufen, sondern auch die Anwen-

---

212) RGZ 45, 353

213) Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 5; ohne Bedeutung ist hier die Frage, ob § 68 HS 1 ZPO allein die Interventionswirkung normiere und § 68 HS 2 ZPO deren Umfang und Grenzen markiere oder ob § 68 HS 1 ZPO lediglich auf die rechtliche Würdigung abziele, während § 68 HS 2 ZPO den festgestellten Sachverhalt im Auge habe; dazu näher Schwanecke S. 13 f

dungsmöglichkeiten der §§ 74, 68 ZPO derart beschneiden, daß das Institut der Streitverkündung überflüssig wäre.

b. Erstreckung auf rechtliche Würdigung?

Was die rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch den Erstrichter betrifft, so sind im Prinzip drei Standpunkte denkbar. Man könnte eine Bindung des Richters des Folgeprozesses bejahen hinsichtlich der Bewertung des konkreten Sachverhalts, der Bewertung eines ähnlichen Sachverhalts und hinsichtlich der im Erstprozeß geäußerten Rechtsansichten. Einigkeit besteht darin, daß die Interventionswirkung die Bewertung des konkreten Sachverhalts durch den Erstrichter erfaßt [214]. Die Gerichte haben sich, soweit ersichtlich, mit den beiden anderen Möglichkeiten der Bindungswirkung der Streitverkündung noch nicht befaßt. In der Literatur gibt es auch diesbezüglich bejahende Stimmen.

aa. Hinsichtlich Rechtsansichten

Nach Wieser [215] kann sich die Interventionswirkung auf Tatsachen, Rechtslagen und Rechtsansichten erstrecken.

---

214) Anstatt vieler Zöller/Vollkommer § 68 Rz 6
215) Wieser ZZP 79, 246, 251

Dem ist mit Nachdruck zu widersprechen, was Rechtsansichten betrifft [216]. Schon der Gesetzestext spricht gegen die Meinung Wiesers. Nach dem Wortlaut des § 68 ZPO kann sich der Nebenintervenient nicht mit Erfolg darauf berufen, "daß der Rechtsstreit, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei". Er kann also die Ergebnisse des richterlichen Entscheidens im Erstprozeß nicht angreifen und diesbezüglich im Folgeprozeß keine andere Entscheidung erzwingen. Zu den Ergebnissen des Erstprozesses zählen aber nicht die vom Gericht vertretenen Rechtsansichten; diese sind vielmehr feste Ausgangspunkte des richterlichen Entscheidens. Im übrigen erfordert Sinn und Zweck der Streitverkündung auch keine Erstreckung der Bindungswirkung auf abstrakte Rechtsansichten ohne Anknüpfung an den konkreten Sachverhalt. Denn lediglich ein konkreter Sachverhalt und dessen rechtliche Beurteilung durch den Erstrichter sind verantwortlich für die Notlage des Streitverkünders, wie sie oben bei der Bestimmung von Sinn und Zweck der Streitverkündung beschrieben wurde. Zur Beseitigung dieser Notlage ist es demnach nicht notwendig, die Bindungswirkung der Nebenintervention auf bloße Rechtsansichten zu erstrecken.

---

216) So auch Martens ZZP 85, 77, 85

bb. Hinsichtlich ähnlicher Sachverhalte

Martens [217] vertritt die Ansicht, daß der Richter des Folgeprozesses auch hinsichtlich der Bewertung eines im Vergleich zum Erstprozeß ähnlichen Sachverhalts, der einschränkend als "deckungsgleich-formal unterschiedlich, inhaltlich übereinstimmend" beschrieben wird, gebunden sein soll. Dies kann nicht gebilligt werden [218]. Wiederum ist dagegen schon der Gesetzestext des § 68 ZPO anzuführen, wo vom Rechtsstreit die Rede ist, "wie er dem Richter vorgelegen habe". An dieser Formulierung läßt sich ablesen, daß nur eine Bindung hinsichtlich des dem Richter vorgelegten Tatsachenkomplexes und des Ergebnisses des richterlichen Entscheidungsvorgangs gewollt ist, nicht aber hinsichtlich eines ähnlichen Sachverhalts, mag auch die Ähnlichkeit noch so frappierend und hochgradig sein. Zum anderen spricht gegen die von Martens vertretene Ausweitung der Bindungswirkung auf ähnliche Sachverhalte die kaum zu behebende Schwierigkeit der Abgrenzung der ähnlichen von den nicht ähnlichen Sachverhalten.
Martens beruft sich bei der Begründung und Verteidigung seiner These auf die Anwendung gesetzesteleologischer

---

217) Martens ZZP 85, 77, 93
218) So auch Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 5

Interpretationskriterien. Den Parteien soll es überlassen bleiben sicherzustellen, daß nur einheitlich ausgerichtete Entscheidungen ergehen können. Diese Zweckbestimmung der §§ 74, 68 ZPO hält sich zwar im Rahmen der auch von Martens [219] vertretenen Ansicht, daß die Streitverkündung dem Individualinteresse diene, erscheint jedoch eigenwillig weit. Sie findet keine Grundlage im Gesetz und ist außerdem derart allgemein, daß sie unbrauchbar erscheint.

c. Beschränkung auf tragende Feststellungen des Erst-urteils

Weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur wird bezweifelt [220], daß sich die Interventionswirkung keinesfalls auf obiter dicta (unmaßgebliche Hilfserwägungen), sondern nur auf die das Ersturteil tragenden Feststellungen erstreckt [221]. Im Detail sind jedoch noch viele Fragen offen. Dies beginnt schon damit, daß bisher keine verbindliche Definition hinsichtlich des Begriffs "tragende Feststellungen" vorgelegt wurde.

---

219) Martens ZZP 85, 77, 79

220) BGHZ 8, 72, 82; BGHZ 16, 217, 229; BGHZ 36, 212, 215; Wieser ZZP 79, 246, 251; Martens ZZP 85, 77, 84

221) Genauer sind natürlich die die Hauptentscheidung (dazu oben II.4.b.) tragenden Feststellungen gemeint.

aa. Interventionswirkung auch hinsichtlich Hauptentscheidung

Zunächst ist festzuhalten, daß die Interventionswirkung auch die Hauptentscheidung mitumfaßt [222]. Hierzu wurde früher vom Reichsgericht [223] eine andere Meinung vertreten, nämlich die Hauptentscheidung von der Interventionswirkung ausgenommen. Daß diese Ansicht, wie Wieser [224] meint, auch in der modernen Literatur vertreten wird, kann nicht bestätigt werden. Es ist auch nicht einzusehen, weswegen die Hauptentscheidung nicht von der Interventionswirkung betroffen sein soll. Es ist für die gegenteilige Meinung auch niemals ein Versuch der Begründung gemacht worden. Vielleicht liegt der Grund dafür, daß diese abzulehnende Ansicht überhaupt vertreten wird, darin, daß in der Praxis kaum Fälle bekannt sind, bei denen eine Interventionswirkung hinsichtlich der Hauptentscheidung in Frage kommt. Doch sind solche Fälle durchaus zu konstruieren, wie folgendes Beispiel zeigt:

> B beschädigt den Wagen des A. S verpflichtet sich dem B gegenüber zum Ersatz des Betrages, den A von B

---

222) Wieser FamRZ 1971, 393, 394 Fn 9

223) RG Gruchot 64, 362, 363; siehe Hofmann S. 147

224) Wieser FamRZ 1971, 393, 394 Fn 9; Wieser ZZP 79, 246, 287 Fn 103

wegen des Schadensereignisses verlangen kann. A verklagt B auf DM 1.000,-- Schadensersatz. B verkündet S den Streit. B wird antragsgemäß verurteilt und tritt nun an S wegen des Ausgleichs heran. S weigert sich jedoch, so daß B ihn verklagt.

Der Richter dieses Folgeprozesses ist an die Hauptentscheidung des Erstprozesses - das Bestehen einer Verpflichtung zum Ersatz des Schadens in Höhe von DM 1.000,-- - gebunden.

bb. Interventionswirkung bei Unaufklärbarkeit (non liquet)?

Hinter dieser Fragestellung verbergen sich eigentlich zwei Probleme, die häufig nicht genügend geschieden werden, obwohl sie scharf zu trennen sind.
Zunächst ist zu klären, ob bei einem "non liquet" hinsichtlich einer Tatfrage des Erstprozesses einzig die aus der Beweislast abgeleitete Rechtsfolge in Interventionswirkung erwächst oder dazu mit auch die Unaufklärbarkeit. Eine andere - weiterführende - Frage ist die, ob ein "non liquet" im Erstprozeß den Streit-

verkündeten nur dann belaste, wenn er im Folgeprozeß insoweit beweispflichtig ist. Beide Probleme seien im folgenden an jeweils einem Beispiel erörtert.

1) Zur ersten Frage sei nochmals ein Fall herangezogen, der bereits oben [225] erwähnt wurde:

> Durch Spuren steht fest, daß nur A oder B den Wagen des K beschädigt haben können. K verklagt B und verkündet vorsorglich A den Streit. Die Klage wird abgewiesen, weil K beweisfällig geblieben ist.

Schon bei der früheren Betrachtung des Falles wurde es als selbstverständlich erkannt, daß die Feststellungen des Erstgerichts, daß B nicht als Schädiger anzusehen sei, nicht in Interventionswirkung erwachsen kann. Einer dogmatischen Begründung kommt man näher, wenn man das Verhältnis von Vorentscheidungen und Hauptentscheidung bzw. von Vorentscheidungen untereinander betrachtet [226]. Hierzu äußert sich im Ergebnis der Bundesgerichtshof [227], wenn er ausführt, daß man als Gegenstand der durch die Erstreckung auf die Entscheidungs-

---

225) Siehe II.3.b; daß dort die Zulässigkeit der Streitverkündung verneint wurde, schadet nicht, da dies deswegen geschah, weil keine Interventionswirkung eintreten konnte.

226) Unter Vorentscheidungen seien hier alle tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen verstanden, auf denen die Hauptentscheidung beruht. Zöller/Vollkommer § 68 Rz 6 verwendet hierfür den Begriff "Entscheidungselemente".

elemente erweiterten Interventionswirkungen "nur die Feststellung" zu betrachten habe, "daß die betreffende Tatfrage nicht zu klären ist". Bei Stein/Jonas/Leipold [228] ist jedoch das Gegenteil zu lesen, daß nämlich "nur die aus dem "non liquet" abgeleitete Rechtsfolge" für den Richter des Folgeprozesses bindend sei und nicht die Unaufklärbarkeit. Dies sind die beiden denkbaren Extrempositionen, die jedoch abzulehnen sind. Richtig ist allein eine vermittelnde Ansicht, wie sich aus folgendem ergibt. Auszugehen ist vom allgemein anerkannten Grundsatz, daß die Interventionswirkung nicht nur die Hauptentscheidung, sondern alle tatsächlichen und rechtlichen die Hauptentscheidung tragenden Feststellungen (Vorentscheidungen) erfaßt. Auf den vorgelegten Fall angewandt kann dies nur heißen, daß sowohl die Unaufklärbarkeit (es ist nicht festzustellen, daß B der Schädiger ist) wie die daraus resultierende Rechtsfolge (B ist nicht als Schädiger anzusehen, so daß kein Anspruch des K gegenüber B besteht) der Interventionswirkung unterfallen, da beide Feststellungen die Hauptentscheidung tragen. Wollte man eine dieser Feststellungen im Sinne der obigen Extrempositionen von der Interventionswirkung ausschließen, so müßte hierfür eine

---

227) BGHZ 85, 252

228) Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 5

Begründung sichtbar sein. Für die Position Leipolds könnte sprechen, daß die aus der Unaufklärbarkeit resultierende Rechtsfolge im zeitlichen Ablauf des richterlichen Entscheidens näher an der Hauptentscheidung liegt, und damit die Unaufklärbarkeit als zeitlich davorliegende rechtliche Feststellung dem Richter des Folgeprozesses wegen der Interventionswirkung entzogen sein könnte. Unabhängig davon, daß diese Ansicht im vorgelegten Fall zu einem unsinnigen Ergebnis führen würde (nämlich daß der Richter des Folgeprozesses A ohne weiteres verurteilen müßte), ist gegen diese Argumentation einzuwenden, daß sie verallgemeinert das Ergebnis nach sich ziehen würde, daß jede tatsächliche Feststellung des Erstgerichts der Interventionswirkung entzogen würde, da sie in jedem Fall der Hauptentscheidung zeitlich vorgelagert ist. Ähnliches ist in umgekehrter Form hinsichtlich einer Begründung für die gegenteilige Position des Bundesgerichtshofs zu sagen mit dem Unterschied, daß diese nicht zu dem oben erwähnten unsinnigen Ergebnis führt.

Daraus ist zu schließen, daß beide Feststellungen (Unaufklärbarkeit, ob A oder B Schädiger, und Rechtsfolge, daß B nicht Schädiger, so daß kein Anspruch des K gegenüber B besteht) der Interventionswirkung unterliegen, allerdings nicht isoliert, sondern mit der Maßgabe, daß die zweite als Konsequenz aus der Beweislast auf der ersten beruht [229].

---

229) So wohl Zöller/Vollkommer § 68 Rz 6

2) Zur Dokumentation und Beantwortung der zweiten Frage bietet sich ein Fall an, den der Bundesgerichtshof [230] zur Entscheidung vorgelegt erhielt:

> Die Klägerin kaufte von der Firma N, die aufgrund von Vereinbarungen mit der Bundesbahn mit bahnamtlicher Gültigkeit verwiegen durfte, 18000 kg Pflanzenöl und bezahlte auch. Bei der Verladung des gekauften Pflanzenöls durch die Klägerin wurde aufgrund der vorgenommenen Verwiegung das Rohgewicht mit 18000 kg festgestellt und in den Frachtbrief eingetragen. Als das Öl bei der Klägerin ankam, stellte diese ein Mindergewicht von 1000 kg fest und verlangte von der Firma N Erstattung des dem Mindergewicht entsprechenden Kaufpreisanteils. Da die Firma N eine Ersatzleistung ablehnte, erhob die Klägerin Klage gegen die Firma N und verkündete gleichzeitig der Bundesbahn den Streit. Die Klage wurde abgewiesen, da die Klägerin den Beweis für die unrichtige Verwiegung nicht erbringen konnte. Die Klägerin verklagte nun die Bundesbahn auf Ersatz des Schadens und hatte in allen Instanzen Erfolg.

---

230) BGHZ 16, 217; hier vereinfacht und Pflanzenölfall genannt

Der Bundesgerichtshof [231] führte dabei aus, daß die verklagte beweispflichtige Bundesbahn alles, was sie im Folgeprozeß gegen die Richtigkeit der Verwiegung vorträgt, im Erstprozeß hätte vortragen müssen. Das "non liquet" im Erstprozeß belaste den Streitverkündeten im Folgeprozeß, wenn er insoweit im Folgeprozeß beweispflichtig ist [232]. Dem ist beizupflichten und mit Hilfe der bisher ermittelten Zwischenergebnisse wie folgt zu begründen:

Von der Interventionswirkung wird erfaßt die Feststellung des Erstgerichts, daß die betreffende Tatfrage - hier unrichtige Verwiegung - nicht geklärt werden konnte. Da die Bundesbahn im Folgeprozeß für die unrichtige Verwiegung beweispflichtig ist, ergibt sich hieraus im Verein mit der Bindungswirkung hinsichtlich des "non liquet" im Erstprozeß, daß die Bundesbahn mit Einwendungen gegen die Richtigkeit der Verwiegung ausgeschlossen ist. Daraus ist ferner zu folgern, daß bei anderer Beweislastverteilung dieses Ergebnis nicht zu erzielen ist. Die Bindung des Richters im Folgeprozeß kann demnach nicht soweit gehen, daß sie zu einer anderen Beweislastverteilung im Folgeprozeß führt [233].

---

231) BGHZ 16, 217, 229

232) So in aller Klarheit BGHZ 85, 252, 257

233) Häsemeyer ZZP 84, 179, 197 bemerkt hierzu, daß es nicht Aufgabe der Streitverkündung ist, dem Streitverkünder den Beweis zu erleichtern, da das nur das materielle Recht vermag.

cc. Keine Interventionswirkung bei sog. "überschießenden Feststellungen"

Eine andere Frage ist die, ob über die Interventionswirkung auch eine Bindung hinsichtlich solcher erstrichterlicher Feststellungen eintritt, die im Blick auf das Ersturteil über die Merkmale des Tatbestands der Norm hinausgreifen, die das Ersturteil begründen. Gemeint sind demnach Feststellungen, die im Erstprozeß nicht erheblich sind, mithin bei korrektem Verfahren im Erstprozeß gar nicht geklärt werden (überschießende Feststellungen). Am bereits oben geschilderten Zweischädigerfall [234] sei dieser Frage nachgegangen:

> Angenommen, das Erstgericht stellt fest, daß A, also der Streitverkündete, den Schaden verursacht hat und weist die Klage ab. Ist nun das Gericht des Folgeprozesses an diese Feststellung gebunden?

Häsemeyer [235] verneint diese Frage mit der Begründung, dieser Feststellung komme im Erstprozeß ein ungleich geringeres Gewicht zu als im Folgeprozeß, da in diesem die Urheberschaft des A positiv festgestellt werden muß,

---

234) Siehe B.IV.2.c.bb.

235) Häsemeyer ZZP 84, 179, 196; aA: Schwanecke S. 73; wohl auch BGHZ 85, 252

während in jenem die Entscheidung schon von der Beweislast getragen würde. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, die Begründung kann jedoch nicht genügen. Die Richtigkeit des von Häsemeyer vertretenen Ergebnisses ist vielmehr auf folgende Überlegung zu stützen: Angenommen, das Ersturteil sei lediglich hinsichtlich der Begründung unrichtig, als die Urheberschaft von A festgestellt ist, im übrigen richtig, da der Kläger einen Beweis, daß B der Urheber ist, nicht führen kann. Bei dieser Konstellation ist zunächst dem Kläger eine Berufung mit den Anträgen der 1. Instanz nicht zuzumuten, weil er unterliegen wird. Eine Berufung aber mit dem Antrag, die Klage zwar abzuweisen, aber in den Gründen festzustellen, daß die Abweisung auf Beweisfälligkeit beruhe, ist schon mangels Beschwer unzulässig [236]. Gleiches muß gelten für den Streitverkündeten; hinsichtlich der Beschwer kommt es nämlich nach einhelliger Meinung auf die der unterstützten Partei an [237]. Da also dem Streitverkündeten nicht die Chance gegeben ist, die für ihn im Folgeprozeß negative Feststellung in 2. Instanz des Erstprozesses anzugreifen, kann diesbezüglich auch keine Interventionswirkung eintreten.

Die anhand dieses Beispiels angestellten Überlegungen

---

236) Anstatt vieler Zöller/Schneider Vor § 511 Rz 8

237) Anstatt vieler Thomas/Putzo § 67 Anmerkung 2 a

gelten allgemein, nämlich für alle Fälle von sog. "überschießenden" Feststellungen des Ersturteils. Eine Interventionswirkung für derartige Feststellungen ist abzulehnen, da ansonsten die Konstellation eintreten könnte, daß der Streitverkündete bei einer für den Folgeprozeß entscheidungserheblichen Frage auf eine Instanz beschränkt wäre.

dd. Keine Interventionswirkung bei "Mehrfachbegründungen" des Ersturteils

Noch eine weitere Konstellation ist ins Auge zu fassen, die ähnlich der eben behandelten zu bewerten ist. Es ist zu beobachtende Praxis der Gerichte, Urteile mehrfach zu begründen, sei es kumulativ oder hilfsweise, um sie "rechtsmittelfest" zu machen. Ob dies generell überhaupt zulässig ist oder gar zu empfehlen, kann hier nicht erörtert werden. Für den Streitverkünder hat dies jedenfalls die fatale Konsequenz, daß hinsichtlich dieser "Mehrfachbegründungen" die Interventionswirkung nicht zum Tragen kommen kann, wie folgendes Beispiel[238] verdeutlicht:

---

238) Nach OLG Köln NJW 1975, 2108

Der Kläger verlangt vom Beklagten Schadensersatz, weil der Beklagte den vom Kläger geliehenen Pkw ohne dessen Erlaubnis an einen Dritten D weitergegeben und dieser den Wagen zu Schrott gefahren hat. Der verklagte Entleiher verkündete vorsorglich an D den Streit, das Gericht verurteilte den Beklagten und führte aus, daß der Beklagte sowohl nach § 278 BGB hafte, weil D im Rahmen des Leihverhältnisses sein Erfüllungsgehilfe gewesen sei, wie auch nach § 603 BGB sogar für zufällige Beschädigung während der unberechtigten Überlassung des Pkw. D legte als Nebenintervenient auf seiten des Beklagten Berufung ein.

Gorski [239] verneint zu Recht eine Interventionswirkung hinsichtlich der Feststellung des Erstgerichts, D habe schuldhaft gehandelt [240], und führt aus, das Urteil beruhe nicht auf dieser Feststellung, das Gericht habe die Verurteilung "auf zwei Beine" gestellt. Außerdem sei von vornherein eine kumulative Haftung des Beklagten und des Dritten in Frage gekommen, so daß die Streitverkündung unzulässig sei.

---

239) Gorski NJW 1976, 811

240) Gemeint ist jeweils eine positive Vertragsverletzung als Anspruchsgrundlage, wobei im ersten Fall über § 278 BGB lediglich für Verschulden des Erfüllungsgehilfen, im zweiten Fall gemäß § 603 BGB für zufällige Beschädigung während der unberechtigten Überlassung des Pkw gehaftet wird. Nach hM haftet der Ent-

So sehr der Ansicht Gorskis im Endergebnis beigepflichtet werden kann, so wenig überzeugend ist deren Begründung. Gänzlich abzulehnen ist das Hilfsargument Gorskis, die Streitverkündung sei unzulässig. Dabei unterliegt Gorski nämlich einem offenbaren Irrtum. Er spricht von einer kumulativen Haftung des Beklagten und des Dritten, so als ob die Zulässigkeit der Streitverkündung des Klägers auf dem Spiel stünde. In der der Gorskischen Anmerkung zugrunde liegenden Entscheidung des OLG Köln hatte nämlich der Beklagte den Streit verkündet und war auch auf seiten des Beklagten beigetreten, so daß die Zulässigkeit einer klägerischen Streitverkündung gänzlich irrelevant war. Offensichtlich ist für dieses Mißverständnis bei Gorski ein Druckfehler bei dem in NJW 1975, 2108 abgedruckten Sachverhalt verantwortlich. Dort heißt es nämlich, der Streithelfer hätte auf seiten des Klägers Berufung eingelegt. Der dann folgende Text zeigt jedoch, daß der Dritte auf seiten des Beklagten beigetreten war. Davon geht auch Gorski anfänglich aus, kommt jedoch bei der weiteren Argumentation merkwürdigerweise wieder davon ab.
Aber auch das Hauptargument Gorskis trifft die Sache nicht im Kern, da man einfach nicht sagen kann, das

---

240) (Fortsetzung)
leiher bei unerlaubter Überlassung an Dritte auch für zufällig eingetretenen Schaden, wenn dieser ohne den vertragswidrigen Gebrauch nicht eingetreten wäre (so BGHZ 37, 310; MüKo/Haase § 603 Rz 3; Palandt/Putzo § 603 Anmerkung 1

Ersturteil beruhe nicht auf der Feststellung, D habe schuldhaft gehandelt. Die Ablehnung einer Interventionswirkung für diese Feststellung läßt sich jedoch ähnlich wie oben [241] rechtfertigen:

Dem streitverkündeten Dritten ist es nicht zuzumuten, Berufung mit der Begründung einzulegen, daß ihn kein Verschulden am Untergang der Leihsache treffe. Eine Berufung mit dem Antrag, die Klage abzuweisen, wäre unbegründet, da die andere Begründung, der Beklagte hafte auch für zufälligen Untergang der Leihsache, den Klageantrag rechtfertigt. Eine Berufung jedoch mit dem Antrag, das Ersturteil dahingehend abzuändern, daß lediglich die dem Dritten nachteilige Feststellung hinsichtlich des Verschuldens aufgehoben wird, wäre wegen fehlender Beschwer unzulässig [242].

Dem Streitverkündeten wäre demnach keine akzeptable Möglichkeit gegeben, das Ersturteil in weiteren Instanzen hinsichtlich der ihm nachteiligen Feststellung überprüfen zu lassen. Daraus ist abzuleiten, daß bei Mehrfachbegründungen diesbezüglich keine Interventionswirkung eintreten darf. Dies kann nur heißen, daß das Erstgericht jedenfalls dann, wenn der Streit verkündet wurde, Mehrfachbegründungen vermeiden sollte, da diese

---

241) Siehe B.IV.2.c.cc.

242) OLG Köln NJW 1975, 2108; siehe auch Fußnoten 236 und 237

an der Interventionswirkung nicht teilnehmen.

ee. Zusammenfassende Formulierung

Das unter aa. bis dd. gefundene Ergebnis läßt sich mit Wieser [243] auch so formulieren: Die Interventionswirkung ist auf solche Feststellungen beschränkt, ohne die - nach den Gründen des Ersturteils - die Hauptentscheidung möglicherweise anders, nämlich zugunsten des Streitverkünders, ausgefallen wäre. Dies läßt sich noch prägnanter fassen: Lediglich solche tragenden Feststellungen erwachsen in Interventionswirkung, die hinreichende und notwendige Bedingungen der Hauptentscheidung sind. Dieses Ergebnis erscheint auch nicht überraschend, da der Richter des Erstprozesses naturgemäß sein Augenmerk auf die Findung und Würdigung des Sachverhalts richten soll und wird, der allein für die Hauptentscheidung maßgebend ist. Alle übrigen Feststellungen des Erstrichters sind überflüssiges Beiwerk und bieten nicht die Richtigkeitsgewähr, die man jenen beimißt.

---

243) Wieser FamRZ 1971, 393, 394; ähnlich auch Häsemeyer, der die Interventionswirkung auf sog. Alternativfeststellungen d.h. solche Feststellungen beschränkt, die zu einem für den Streitverkünder ungünstigen Ausgang des Erstprozesses führen, im Folgeprozeß jedoch zu einem für ihn günstigen, so etwa in ZZP 84, 179, 195

d. Beschränkung auf Feststellungen, die der Streitverkündete beeinflussen konnte

Gemäß §§ 74, 68 Halbsatz 2 ZPO kann eine Interventionswirkung insoweit nicht Platz greifen, als der Streitverkündete daran gehindert war, auf die Feststellungen des Gerichts Einfluß zu nehmen. Dies ist in Literatur und Rechtsprechung unumstritten [244]. Der tiefere Grund hierfür liegt darin, daß ansonsten der Streitverkündete in seinem grundgesetzlich abgesicherten Anspruch auf rechtliches Gehör aus Artikel 103 Absatz 1 GG verletzt wäre [245]. Wenn nämlich Interventionswirkung einträte, so wäre der Streitverkündete durch die Entscheidung des Erstgerichts in seinen Rechten beeinträchtigt. Da nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der in Artikel 103 Absatz 1 GG verbürgte Anspruch jedem zusteht, der durch eine gerichtliche Entscheidung in seinen Rechten beeinträchtigt ist [246], bedeutete es einen eklatanten Verstoß gegen Artikel 103 Absatz 1 GG, wenn hinsichtlich solcher Feststellungen, auf die der Streitverkündete keinen Einfluß nehmen konnte, Interventionswirkung einträte. Diese notwendige Beschränkung der Interventionswirkung führt

---

244) BGHZ 85, 252; Häsemeyer ZZP 84, 179, 192; Wieser FamRZ 1971, 393 Fn 7

245) Wieser FamRZ 1971, 393 Fn 7

246) BVerfGE 21, 133, 137; Leibholz/Rinck/Hesselberger Art. 103 Rz 4

zu einem Problem, das nach Werres [247] auftreten soll, wenn beide Parteien demselben Dritten den Streit verkünden (Doppelte Streitverkündung). Ein Beispiel diene der Erläuterung [248]:

> V, der bisher als Vertreter des B tätig war, kauft für diesen Baustoffe beim Händler H. Nach Lieferung der Ware an B verklagt H diesen auf Kaufpreiszahlung, weil er ihn aufgrund Anscheinsvollmacht für verpflichtet hält. Wegen der alternativ möglichen Haftung des V aus § 179 BGB verkündet H diesem den Streit. V hält ebenfalls eine Anscheinsvollmacht für gegeben; andererseits meint er aber, ein Anspruch des H sei verjährt. B seinerseits verkündet dem V den Streit, weil er sich im Fall des Unterliegens im Innenverhältnis bei V schadlos halten will.

Werres [249] meint, die eben angesprochene Beschränkung der Interventionswirkung würde dazu führen, daß diese bei doppelter Streitverkündung gänzlich verneint werden müßte, da der Streitverkündete mit seinem Vorbringen immer den Widerspruch einer Partei ausgelöst hätte. Diese

---

247) Werres NJW 1984, 208, 210
248) Nach Werres NJW 1984, 208, 209
249) Werres NJW 1984, 208, 210

Schlußforderung ist jedoch unrichtig, wie folgende Überlegungen zeigen:

Angenommen, B wird verurteilt und erhebt nun Klage gegen V, der einwendet, der Anspruch des H gegen B sei verjährt gewesen.

Da V naturgemäß nicht beiden Parteien gleichzeitig beitreten kann [250], sind drei Möglichkeiten zu betrachten:

1) V war H beigetreten:

Eine Interventionswirkung im Verhältnis B zu V kann nicht eintreten, da V auf seiten des H wegen § 67 ZPO gehindert war, Verjährung einzuwenden. Dies würde auch gelten, wenn H nicht den Streit verkündet hätte.

2) V war B beigetreten:

Hier konnte V auf seiten des B zu jeder Zeit Verjährung einwenden - § 67 ZPO steht nicht dagegen - , so daß hinsichtlich der Verjährung gemäß § 68 ZPO Bindungswirkung eintreten kann. Die Streitverkündung durch H ändert

---

250) Werres NJW 1984, 208, 210; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 66 Anmerkung 2B

hieran nichts. Die Bestimmungen der §§ 74 Absatz 3, 68 ZPO kommen in Bezug auf H deswegen nicht zum Zuge, weil sie lediglich für den Folgeprozeß H gegen V relevant sind. § 67 ZPO ist im Verhältnis H zu V nicht anwendbar, weil diese Regelung in § 74 Absatz 3 ZPO nicht erwähnt ist. In diesem Punkt liegt wohl der entscheidende Irrtum Werres'. Die Streitverkündung des H konnte demnach die Interventionswirkung zugunsten des B nicht beeinträchtigen.

3) V war keinem von beiden beigetreten:

Hier gilt dasselbe wie oben unter 2) mit dem Unterschied, daß § 67 ZPO auch nicht im Verhältnis V zu B gilt. Gemäß §§ 74 Absatz 3, 68 ZPO tritt Bindungswirkung ein. Auch in diesem Fall ist die Streitverkündung durch H im Verhältnis B zu V belanglos.

Da in allen drei denkbaren Fällen die Streitverkündung des H im Hinblick auf das Verhältnis B zu V ohne Auswirkung ist, kann festgestellt werden, daß die zweite Streitverkündung die Wirkung der ersten nicht beeinträchtigt.

Zusammenfassend ist daher zu sagen, daß entgegen Werres eine doppelte Streitverkündung keine Besonderheiten bietet. Die Bedenken von Werres sind ungerechtfertigt.

e. Beschränkung der Interventionswirkung durch den Streitgegenstand des Erstprozesses (Teilklageproblematik)

Die Teilklageproblematik ist gekennzeichnet durch die Frage, ob die Interventionswirkung durch den Streitgegenstand des Erstprozesses eine Begrenzung erfahren soll, so wie es hinsichtlich der Rechtskraft von der herrschenden Meinung vertreten wird [251].
Das Reichsgericht war in ständiger Rechtsprechung [252] der Meinung, eine Beschränkung der Interventionswirkung auf den Streitgegenstand des Erstprozesses sei nicht notwendig. Dies wurde damit begründet, daß sich die Interventionswirkung im Gegensatz zur Rechtskraft auf Tatsachen und Rechtsverhältnisse beziehe, die als solche unteilbar seien.
Der Bundesgerichtshof [253] scheint der Rechtsauffassung des Reichsgerichts zuzuneigen, beschränkt sich jedoch vorsichtigerweise auf Fälle, in denen im Erstprozeß über

---

251) Statt vieler Zöller/Vollkommer Vor § 322 Rz 47
252) RG JW 1935, 3539; RG JW 1936, 1966
253) BGH NJW 1969, 1480 = ZZP 83, 220

den wesentlichen Teil des Anspruchs entschieden wurde, und beruft sich dabei vor allem auf Praktikabilitätsüberlegungen. Im Schrifttum hat sich bisher keine einhellige Meinung herausgebildet. Ein Teil [254] schließt sich der Ansicht des Reichsgerichts an, ein anderer Teil [255] vertritt die Gegenmeinung, Wieser [256] differenziert.

Es kann zunächst überhaupt keinem Zweifel unterliegen, daß die Interventionswirkung auf jeden Fall dann durch den Streitgegenstand des Erstprozesses begrenzt sein muß, wenn dessen Feststellungen hinsichtlich des Streitgegenstandes teilbar sind dergestalt, daß für einen im Erstprozeß eingeklagten Teilanspruch die eine Feststellung denkbar ist, für den Restanspruch eine andere (bzw. die entgegengesetzte). Dies ergibt sich schon aus der allgemein gebilligten These, die Interventionswirkung erstrecke sich nur auf die tragenden Feststellungen des Ersturteils [257]. Dies sei an einem Beispiel erläutert [258]:

> Eine Sparkasse hatte vom Beklagten Bezahlung von DM 16.400,-- verlangt. Dabei hatte sie beim Amtsgericht DM 900,--, beim Landgericht DM 15.500,--

---

254) Zöller/Vollkommer § 68 Rz 6; Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 5; Stahl S. 136; Thomas/Putzo § 68 Anm 2c

255) Rosenberg/Schwab § 47 IV 6 b; Häsemeyer ZZP 84, 179, 200 f; Lammenett S. 153; Schwanecke S. 102 ff

256) Wieser ZZP 79, 246, 281

257) Siehe oben B.IV.2.c.

258) Nach BGH NJW 1969, 1480 = ZZP 83, 220

eingeklagt. Der Beklagte wandte ein, seine Schuld sei bereits von einem Dritten getilgt worden, der sich ihm gegenüber zu dieser Leistung verpflichtet habe. Im landgerichtlichen Verfahren hatte der Beklagte dem Dritten den Streit verkündet. Da der Beklagte vor dem Landgericht zur Zahlung von DM 8.000,-- verurteilt worden war und im amtsgerichtlichen Verfahren anerkannt hatte, nahm er beim Dritten Regreß.

Aufgrund der Interventionswirkung steht fest, daß jedenfalls hinsichtlich des Betrages von DM 8.000,-- keine befreiende Zahlung durch den Dritten stattgefunden hat. Wie aber war es hinsichtlich der DM 900,-- ? Die Antwort hierauf kann nicht zweifelhaft sein. Trotz der gegenteiligen Meinung, die der Bundesgerichtshof im vorgelegten Fall vertrat, kann sie nur lauten: Keine Erstreckung der Interventionswirkung. Es wäre nämlich mit dem landgerichtlichen Ersturteil durchaus vereinbar, wenn hinsichtlich des DM 8.000,-- übersteigenden Betrages eine befreiende Zahlung durch den Dritten erfolgt wäre.
Ähnlich ist ein zweites Beispiel [259)] zu beurteilen:

---

259) Es handelt sich um einen Fall, der der Entscheidung RG JW 1935, 3539 zugrunde lag und hier zu Demonstrationszwecken abgewandelt wurde.

P verhandelte vor einem Notar mit einem Dritten über die Bestellung eines Erbbaurechts, wobei auf seiten des P der Rechtsbeistand R mitwirkte. Zum Abschluß des Vertrages kam es nicht. Auf Klage des Notars wurde P vom Landgericht zur Zahlung von RM 4.060,-- Notargebühren verurteilt. Gegen dieses Urteil legte P Berufung in Höhe von RM 150,-- ein und verkündete gleichzeitig dem Rechtsbeistand R den Streit. Die Berufung wurde zurückgewiesen. P verklagt nun den Rechtsbeistand R auf Ersatz in Höhe von RM 4.060,--.

Ist nun in diesem Folgeprozeß davon auszugehen, daß dem Notar Gebühren in Höhe von RM 4.060,-- zustehen, oder erstreckt sich die Interventionswirkung lediglich auf RM 150,--? Das Reichsgericht entschied sich für die totale Interventionswirkung, jedoch zu Unrecht. Ähnlich dem obigen Fall kann auch hier lediglich bindend feststehen, daß dem Notar eine Gebührenforderung in Höhe von RM 150,-- zusteht, da einzig und allein diese Feststellung tragend für das Berufungsurteil war. Eine weitere Aussage hinsichtlich des Restbetrages wäre obiter dictum, das nicht in Interventionswirkung erwachsen kann, da das

erstinstanzliche Urteil wegen der Beschränkung der Berufung auf RM 150,-- hinsichtlich des Restbetrages bereits rechtskräftig entschieden war, bevor die Streitverkündung zum Tragen kam.

Die beiden erörterten Beispiele haben ein Gemeinsames, nämlich die Tatsache, daß die fraglichen Feststellungen des Erstgerichts teilbar sind. Im folgenden Fall [260] trifft dies nicht mehr zu:

> V, der bisher als Vertreter des B tätig war, kauft für diesen ein Bild zum Preis von DM 20.000,-- beim Händler H. Nach Lieferung des Bildes an B verklagt H diesen auf Teilkaufpreiszahlung von DM 10.000,--, weil er ihn aufgrund Anscheinsvollmacht des V für verpflichtet hält. Wegen der alternativ möglichen Haftung des V aus § 179 BGB verkündet H diesem den Streit. V hält ebenfalls eine Anscheinsvollmacht für gegeben und tritt dem H bei. Die Klage des H wird abgewiesen mit der Begründung, der Beweis, daß V in Vollmacht des B gehandelt habe, sei mißlungen. H verklagt nun V auf den vollen Kaufpreis in Höhe von DM 20.000,--.

---

260) In Anlehnung an ein Beispiel bei Werres NJW 1984, 208, 209; siehe oben B.IV.2.d.

Hier stellt sich mit aller Schärfe die Frage, ob das Gericht des Folgeprozesses an die Feststellung des Erstgerichts, die Vollmacht des V sei nicht bewiesen, mit der Konsequenz gebunden ist, daß V nicht nur über DM 10.000,--, sondern über DM 20.000,-- zu verurteilen ist.

Der Wortlaut des § 68 ZPO gibt für die Lösung dieser Frage nichts her [261]. Eine Erstreckung der Interventionswirkung über den Streitgegenstand des Erstprozesses hinaus widerspricht aber Sinn und Zweck der Streitverkündung. Im vorliegenden Fall befindet sich H lediglich hinsichtlich der DM 10.000,-- in der streitverkündungstypischen Notlage. Hinsichtlich des Kaufpreisrestes liegt noch kein Urteil vor. Insoweit könnte ein Urteil ergehen, das dem ersten diametral widerspricht, da die Rechtskraft des ersten Urteils nach herrschender Meinung nicht über dessen Streitgegenstand hinausgeht. Damit fehlt es wegen des den Betrag von DM 10.000,-- übersteigenden Restbetrages an den Voraussetzungen der Streitverkündung. Dieser Befund wird bestätigt durch folgende weitere Ausgestaltung des Beispiels:

---

261) aA einerseits Lammenett S. 154, der meint, der Wortlaut des § 68 HS 1 ZPO spräche für eine Ausdehnung der Interventionswirkung, andererseits Schwanecke S. 102, der aus dem Gesetzeswortlaut das Gegenteil herleitet.

Angenommen, H findet nach dem Prozeßverlust gegen B einen Zeugen auf, der in der Lage ist, die Vollmacht des V zu bezeugen. Er erhebt Klage gegen B auf Zahlung des Restbetrages von DM 10.000,--, wobei er ebenfalls dem V den Streit verkündet. H obsiegt nun mit der Begründung, die Vollmacht des V sei bewiesen.

Würde man die Interventionswirkung nicht auf den Streitgegenstand des Erstprozesses beschränken, so befände man sich in einem unlösbaren Dilemma [262]. Dies wird besonders deutlich, wenn man eine Interventionswirkung zugunsten des Streitverkündeten bejaht. Doch gilt dies auch dann, wenn man eine Interventionswirkung zugunsten des Streitverkündeten verneint. Es könnte dann nämlich die Konstellation eintreten, daß H einerseits gegen V ein Urteil über DM 20.000,-- erzielt, andererseits gleichzeitig eines gegen B über 10.000,--.
Ähnliches gilt zu sagen hinsichtlich der vom Bundesgerichtshof vertretenen Ansicht, einmal ganz abgesehen davon, daß im vorgelegten Fall nicht festgestellt werden kann, daß der "weitaus größte Teil" der Forderung eingeklagt ist.

---

262) So schon Lammenett S. 156

Gegen die hier vertretene Meinung kann nicht entscheidend eingewandt werden [263], sie sei deswegen abzulehnen, weil sich schwierige Abgrenzungsprobleme ergäben, wenn sich die Streitgegenstände im Erst- und Folgeprozeß nicht decken [264]. Diese Erschwerung muß hingenommen werden; sie ist eine Konsequenz dessen, daß man die Rechtskraft bei Teilklagen auf den eingeklagten Teil beschränkt.

Auch kann die seit Jahren praktizierte Rechtsprechung, die ersichtlich bisher akzeptable Ergebnisse zeitigte, nicht dazu führen, diese zu sanktionieren, da diese widersprüchlich und unverträglich ist mit einem anderen vom Reichsgericht und Bundesgerichtshof in ständiger Übung bezogenen Standpunkt, wonach Sinn und Zweck der Streitverkündung sein soll, einander widersprechende Urteile zu vermeiden [265]. Denn die in der Rechtsprechung vertretene Ansicht der totalen Erstreckung der Interventionswirkung ohne Rücksicht auf den Streitgegenstand des Erstprozesses vermeidet nicht einander widersprechende Urteile, sondern provoziert sie geradezu, wie obiges Beispiel zeigt. Dagegen läßt sich wiederum nicht einwenden, dies nehme ja die Rechtsprechung auch bei Teilklagen über die restriktive

---

263) So auch Häsemeyer ZZP 84, 179, 201

264) So BGH NJW 1969, 1480

265) Siehe oben B.I.1.

Auslegung des Begriffs der Rechtskraft in Kauf. Dieses Argument ist deswegen nicht einleuchtend, weil durch das Institut der Streitverkündung nach obigem Standpunkt gerade Urteilsdifferenzen vermieden werden sollen.
Auch der vermittelnde Lösungsvorschlag Wiesers [266] kann nicht überzeugen. Er will die Interventionswirkung nur in bestimmten Fällen auf den Streitgegenstand des Erstprozesses beschränkt wissen. Dies sind Fälle, in denen die strikt angewandte Meinung der Rechtsprechung zu offensichtlich unhaltbaren Ergebnissen führen würde. Diese Differenzierung erscheint aber willkürlich und bringt im übrigen keine eindeutige Abgrenzung. Vor allem aber vermeidet der Wieser'sche Ansatz nicht den gerade beschriebenen Mangel, nämlich den Erlaß von widersprüchlich begründeten Urteilen. Die von Wieser herausgestellten Fälle bestärken vielmehr in der Ansicht, daß die Interventionswirkung durch den Streitgegenstand des Erstprozesses begrenzt werden muß. Diese Ansicht allein läßt sich in Einklang bringen mit der herrschenden Meinung hinsichtlich der Rechtskraft bei Teilklagen. Insoweit besteht eine Abhängigkeit zwischen den Instituten der Rechtskraft und der Streitverkündung.

---

266) Wieser ZZP 79, 246, 281

f. Keine Interventionswirkung hinsichtlich Sachurteilsvoraussetzungen [267]

Schon oben [268] wurde ausgeführt, daß Prozeßurteile keine Interventionswirkung entfalten. Eine andere Frage ist, ob bei Erlaß eines Sachurteils die Interventionswirkung auch die Sachurteilsvoraussetzungen erfaßt [269]. Über diese Problematik liegen bereits eingehende Untersuchungen vor [270].

aa) Martens [271] sieht in § 68 ZPO keine Anhaltspunkte für eine restriktive Auslegung. Die Richtigkeit des Ersturteils folge "sowohl aus den Feststellungen über die prozessualen Voraussetzungen als auch aus den Feststellungen zur Sache", so daß der Streitverkündete im Folgeprozeß nicht mit Erfolg vortragen könne, das Ersturteil sei in der Sache wegen Verkennung der Prozeßvoraussetzungen unrichtig. Wenn aber der Streitverkündete zum Beispiel die Prozeßfähigkeit aus Gründen bestreitet, über die bereits das Erstgericht befunden hat, so trete diesbezüglich keine Interventionswirkung ein, da derartige Mängel nicht perpetuiert werden sollen. Anders sei jedoch zu entscheiden, wenn "durch

---

267) Dieser Problematik wird in der Literatur häufig unter der Rubrik "Prozeßvoraussetzungen" erörtert, so bei Martens ZZP 85, 77, 94 und Schwanecke S. 78. Dabei werden entgegen allgemeiner Übung (siehe etwa Wieser ZZP 84, 304, 305) Prozeßvoraussetzungen wie bei Thomas/Putzo § 253 Vorbem III A als diejenigen Umstände definiert, von deren Vorhandensein oder Fehlen es abhängt, ob das Verfahren als solches und im ganzen zulässig ist. In diesem Sinne ist daher der Begriff "Prozeßvoraussetzung" identisch mit dem der Sachurteilsvoraussetzung.

die abweichende Feststellung über die Prozeßvoraussetzungen eine Veränderung der sachlichen Rechtsbeurteilung eintritt oder auch nur einzutreten droht". Martens erläutert dies am Beispiel der weitergereichten Schiedsgerichtszuständigkeit:

> A verkauft an B Ware, die dieser an C weiterverkauft. B vereinbart mit beiden Vertragsparteien die gleiche Schiedsgerichtsklausel. C verklagt wegen eines Mangels der Ware entgegen der Schiedsgerichtsklausel den B, der dem A den Streit verkündet, vor einem ordentlichen Gericht und obsiegt. Ist das Gericht des Folgeprozesses, vor dem B den A in Regreß nimmt, an die Festlegung der Unwirksamkeit der Schiedsgerichtsklausel gebunden?

Martens bejaht dies, jedoch zu Unrecht [272]. Ließe man nämlich im gewählten Beispiel eine Interventionswirkung hinsichtlich der Unwirksamkeit der Schiedsgerichtsklausel zu, so würde man die Interventionswirkung auf einen Sachverhalt erstrecken, der von dem im Erstprozeß behandelten verschieden, allenfalls diesem ähnlich ist. Die Frage der Wirksamkeit eines Schiedsgerichtsvertrages

---

268) Siehe B.III.2.b.

269) RG HRR 1935, Nr. 1332 bejaht dies in einem obiter dictum; Wieser ZZP 79, 246, 283 meint versehentlich, das Reichsgericht befasse sich mit der Interventionswirkung eines Prozeßurteils.

270) Martens ZZP 85, 77,94; Schwanecke S. 78

271) Martens ZZP 85, 77, 94

272) So auch Schwanecke S. 83

zwischen den Parteien des Erstprozesses (B und C) ist nämlich zu unterscheiden von der Frage der Wirksamkeit "desselben" Vertrages zwischen den Parteien des Folgeprozesses (B und A), es liegt allenfalls eine Ähnlichkeit in dem von Martens definierten Sinne vor, die jedoch, wie oben ausgeführt [273], entgegen Martens eine Interventionswirkung nicht zu rechtfertigen vermag. Damit ist der Ansatz Martens schon deswegen abzulehnen, weil das von ihm angeführte Beispiel fehlgeht.

bb) Schwanecke [274] nimmt den Ansatz Martens auf und differenziert nach zwei Konstellationen:

1) Der Streitverkündete trägt im Folgeprozeß vor, er sei wegen einer fehlerhaften Entscheidung des Erstgerichts hinsichtlich einer Prozeßvoraussetzung (z.B. örtliche Zuständigkeit) derart beeinträchtigt worden, daß deswegen die Entscheidung unrichtig ausgefallen sei. Mit diesem Einwand könne der Streitverkündete nicht gehört werden. Der Grund hierfür liege jedoch in der Bindungswirkung hinsichtlich der Feststellung des Erstrichters zur Sache. Die daraus resultierende Bindung hinsichtlich der Prozeßvoraussetzung sei nur eine indirekte.

---

273) Siehe B.IV.2.b.aa.
274) Schwanecke S. 81 ff

2) Der Streitverkündete rügt im Folgeprozeß eine fehlende Prozeßvoraussetzung mit Gründen, über die bereits im Erstprozeß entschieden wurde, z.B. die Prozeßunfähigkeit des Streitverkünders. Dieses Vorbringen werde von der Interventionswirkung nicht erfaßt, da es nicht eine Prozeßvoraussetzung des Erstprozesses beinhaltet. Prozeßvoraussetzungen seien nämlich der Natur der Sache nach auf ein konkretes Verfahren bezogen und für jeden Prozeß gesondert zu entscheiden.

Zu folgen ist der Ansicht Schwaneckes. Soweit der Streitverkündete die Sachurteilsvoraussetzungen des Ersturteils wegen der Interventionswirkung des Sachurteils nicht mit Erfolg anzugreifen vermag, ist dies als bloßer Reflex der Interventionswirkung des Sachurteils des Erstgerichts anzusehen. Eine direkte Bindungswirkung hinsichtlich der Sachurteilsvoraussetzungen findet deswegen nicht statt, weil diese prozeßspezifisch sind. Die Entscheidung über Sachurteilsvoraussetzungen entfaltet demnach keine Interventionswirkung.

3. Beachtung der Interventionswirkung von Amts wegen

Noch höchst umstritten ist die Frage, ob die Interventionswirkung von Amts wegen zu beachten ist. Dabei meint "von Amts wegen" die Tätigkeit der Rechtspflegeorgane, die sie unabhängig vom Parteiverhalten auszuführen haben im Gegensatz zu Handlungen, die nur auf Antrag oder Rüge eines Verfahrensbeteiligten vorzunehmen sind [275]. Es geht demnach um die Frage, ob der Richter des Folgeprozesses die Interventionswirkung auch dann zu berücksichtigen hat, wenn sich der Streitverkünder nicht auf sie beruft.
Die Entscheidungen des Reichsgerichts sind nicht einheitlich. Teils vertrat das Reichsgericht den Standpunkt, die Parteien hätten nicht die Dispositionsbefugnis, darüber zu bestimmen, ob sie an die Ergebnisse des Erstprozesses gebunden sein wollen oder nicht [276], teils wiederum vertrat es die Gegenmeinung [277]. Keine Stellungnahme zu dieser Frage bringt entgegen Schneider [278] die Entscheidung des Reichsgerichts vom 05.02.1937 [279], in der es heißt, der Streitverkünder könne dem Streitverkündeten die Interventionswirkung nur entweder ungeteilt oder aber gar nicht entgegenhalten.

---

275) Rimmelspacher S. 30
276) RGZ 79, 84; RGZ 130, 297
277) RG JW 1933, 1064
278) Schneider MDR 1961, 3, 4 Fn 16
279) RGZ 153, 271, 274

Diese Äußerung ist jedoch hinsichtlich der hier zu entscheidenden Frage neutral, da das Gewicht dieser Aussage bei der Feststellung lag - und die allein war entscheidungserheblich - daß der Streitverkündete das Ergebnis des Erstprozesses nicht derart aufspalten könne, daß er das für ihn Günstige als verbindlich erkläre, das dazu nicht Stimmende als unverbindlich ablehne. Der Bundesgerichtshof hat sich bis jetzt ohne Begründung hinsichtlich der Interventionswirkung für das Amtsprüfungsprinzip entschieden [280]. Dies erstaunt nicht, da der Bundesgerichtshof von Anfang an die Meinung vertrat, daß die Einrichtung der Streitverkündung die Verringerung der Prozesse und die Vermeidung sich widersprechender Ergebnisse bezwecke [281], demnach die Interventionswirkung im öffentlichen Interesse liege.

Im Schrifttum spiegeln sich die konträren Meinungen des Reichsgerichts wieder. Es kann dabei nicht gesagt werden, daß sich in der Frage bereits eine herrschende Meinung herausgebildet hat. Der eine Teil der Literatur vertritt die gleiche Meinung wie der Bundesgerichtshof [282], der andere die Gegenmeinung [283]. Erstere Ansicht beruft sich darauf, daß das Institut der

---

280) BGHZ 16, 217, 228

281) Siehe dazu oben I.1.

282) Zöller/Vollkommer § 68 Rz 5; Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 3 iVm § 72 Rz 5; Rosenberg/Schwab § 47 IV 6b; Wieczorek § 68 Anm A 1 a; Wieser ZZP 79, 246, 288; Lammenett S. 151

283) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 74 Anm 3; Geimer NJW 1970, 387; Schneider MDR 1961, 3, 4; Schwanecke S. 116

Streitverkündung öffentliche Interessen zu wahren habe, nämlich eine doppelte Entscheidung derselben Frage und die Gefahr sich widersprechender Urteile zu vermeiden [284]; die Gegenmeinung stellt das Interesse des Streitverkündenden in den Vordergrund und sieht keinen zwingenden Grund, die Parteien gegen ihren Willen bzw. ohne ihren ausdrücklichen Willen an die Ausnahmevorschriften der §§ 74, 68 ZPO zu binden [285].

Orientierungspunkt für die Erörterung der aufgeworfenen Frage muß die grundlegende Arbeit Rimmelspachers [286] sein, in der der Versuch unternommen wurde darzustellen, unter welchen Gegebenheiten das Amtsprüfungsprinzip zum Tragen kommen müsse [287]. Danach gilt im Zivilprozeß der Grundsatz "ne procedat judex ex officio". Lediglich ausnahmsweise ist eine Prüfung von Amts wegen geboten, wobei festzuhalten ist, daß dies dem Gesetz selbst nur in seltenen Fällen [288] zu entnehmen ist [289]. Dementsprechend ist auszugehen von der in der ZPO geltenden Aufgabenverteilung, wonach "den Parteien weitgehend die alleinige Herrschaft über den beweis- und entscheidungserheblichen Prozeßstoff zukommt, während der Richter bei der rechtlichen Subsumtion vom Parteiverhalten unabhängig ist" [290]. Daran ist jedoch dann

---

284) Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 3 iVm § 72 Rz 5

285) Schneider MDR 1961, 3, 5

286) Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttingen 1966

287) So auch Schwanecke S. 115

288) Z.B. §§ 56, 88, 613 ZPO

289) Rimmelspacher S.30

290) Rimmelspacher S.145

nicht mehr festzuhalten, wenn von einem überindividuellen Standpunkt aus die Sicherung überindividueller Zwecke, also öffentliche Belange, auf dem Spiele stehen [291]. Darunter fallen die Gedanken der Rechtssicherheit, des Rechtsfriedens, des Schutzes staatlicher Autorität und gerichtlichen Ansehens im ganzen und des Schutzes der einzelnen Gerichte vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme [292]. Von der normalen Aufgabenverteilung ist aber auch dann abzugehen, wenn dies ein bestimmtes Parteiinteresse verlangt, wie beispielsweise bei der Frage nicht ausschließlicher Zuständigkeit des Gerichts [293].

Diese Überlegungen Rimmelspachers übertragen auf den hier zu erörternden Fall lassen nur den einen Schluß zu: Die Interventionswirkung ist von Amts wegen zu beachten. Zunächst ergibt sich dies schon aus dem Wortlaut des § 74 Absatz 3 ZPO, wo es heißt: "... sind die Vorschriften des § 68 ... anzuwenden ...". In dieser Formulierung kommt zum Ausdruck, daß in jedem Fall § 68 ZPO zu beachten ist, demnach auch von Amts wegen. Es ist ferner noch zu berücksichtigen, daß die vorgeschriebene Beachtung der Interventionswirkung Rechtsanwendung ist und damit nach der in der ZPO geltenden Aufgabenverteilung

---

291) Rimmelspacher S. 145 und S. 37

292) Rimmelspacher S. 37 f

293) Rimmelspacher S. 38

prinzipiell dem Richter zufällt und zwar unabhängig vom Parteiverhalten. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum von dieser normalen Aufgabenverteilung abgewichen werden sollte. Vielmehr ist zu bedenken, daß der Streitverkündende durch den Akt der Streitverkündung bereits zu erkennen gegeben hat, daß er die Interventionswirkung beachtet haben will. Dem Streitverkünder wird daher bei der Beachtung der Interventionswirkung von Amts wegen nichts aufgenötigt. Die Forderung eines Teils der Literatur, der Streitverkünder müsse sich auf die Beachtung der Interventionswirkung berufen, erscheint von daher auch überflüssig.

4. Zulässigkeit von Vereinbarungen über Interventionswirkung

Die Diskussion darüber, ob Parteien durch Vertrag über die Streitverkündungswirkung verfügen können oder nicht, sei es durch Begründung oder Abdingung der Interventionswirkung gemäß § 68 ZPO, soweit Feststellungen eines ins Auge gefaßten Erstprozesses für einen Folgeprozeß von Bedeutung sind, war bisher gekennzeichnet und entschieden durch die Vorfrage, ob die

Streitverkündung im öffentlichen und privaten Interesse liege. Wenn die Streitverkündung im öffentlichen Interesse liegend angenommen wird, so steht man einer Verfügungsbefugnis der Parteien skeptisch gegenüber, andernfalls nicht [294]. Diese Ausgangsposition erscheint für sich betrachtet nicht angreifbar; die bisherige Diskussion der aufgeworfenen Frage krankt jedoch daran, daß sie nicht in den größeren Rahmen eingefügt wurde, in den sie von der Sache her einzuordnen ist.

Bei Vereinbarungen über die Streitverkündungswirkung handelt es sich nämlich um Prozeßverträge [295], so daß die Grundsätze, die dazu entwickelt wurden, heranzuziehen sind. Seit der grundlegenden Arbeit von Schiedermair [296] sind Prozeßverträge unbestritten als Verträge anzusehen, deren gewollte Rechtswirkung ausschließlich das Prozeßrecht betrifft [297], unabhängig davon, ob sie im Prozeß oder außerhalb seines Rahmens abgeschlossen werden [298]. Was die Zulässigkeit von Prozeßverträgen angeht, so kann zunächst die früher vertretene Ansicht, Prozeßverträge seien nur dann beachtlich, wenn sie im Gesetz ausdrücklich zugelassen sind, als überholt bezeichnet werden [299]. Es ist vielmehr herrschende Meinung, daß generell Prozeßverträge

---

294) Etwa Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 3; Schwanecke S.118

295) Zur Definition etwa Hellwig § 151; Baumgärtel, Prozeßhandlungen S. 184 ff

296) Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß

297) Daher bezeichnet sie Schiedermair S. 42 als prozeßrechtliche Verträge. Weiter zur Terminologie Schiedermair S. 43 Fn 5

298) Schiedermair S. 37

299) Schlosser S. 9 und S. 76; Baumgärtel S. 187

außerhalb zwingender prozessualer Normen als zulässig anzusehen sind. Wo aber im einzelnen die Grenzen der Zulässigkeit von Prozeßverträgen liegen, ist weithin ungeklärt. Jedoch kann soviel gesagt werden, daß den Parteien im Anschluß an die Lehre von "in dubio pro libertate" [300] weitgehende Gestaltungsbefugnisse im Zivilprozeß zugestanden werden [301]. Die von Rechtsprechung und Literatur bisher aufgestellten Grenzen für die Zulässigkeit von Prozeßverträgen sind naturgemäß sehr allgemein gehalten. So ist die Rede vom öffentlichen Interesse der Rechtspflege [302], vom Schutz gegen voreiliges Handeln [303] und der Wahrung der Entschlußfreiheit [304] der Parteien.

a. Vereinbarung der Interventionswirkung [305]

Das Reichsgericht [306] und die herrschende Lehre [307] haben gegen Vereinbarungen der Streitverkündungswirkung nichts einzuwenden, lediglich eine Mindermeinung lehnt sie als unzulässig ab [308]. Leipold [309] differenziert und läßt Vereinbarungen über die Streitverkündungswirkung dann zu, wenn die Streitverkündung zulässig wäre, wobei zu vermerken ist, daß diese Differenzierung

---

300) Siehe Schlosser S. 9

301) Baumgärtel ZZP 87, 121, 134

302) Stein/Jonas/Leipold vor § 128 Rz 237

303) Baumgärtel S. 189

304) Schlosser S. 44

305) Ein Vertrag, wonach ein Dritter gegenüber einer Partei eines Ausgangsprozesses mit der Behauptung nicht gehört werden soll, daß dieser unrichtig entschieden sei.

306) RG JW 1938, 2287

307) Rosenberg/Schwab § 48 IV 2 b; Schwanecke S. 122

wohl auf das Reichsgericht zurückgeht. Die Mindermeinung verweist auf § 138 Absatz 1 ZPO und schließt daraus, daß außerprozessuale Verträge darüber, etwas nicht behaupten zu wollen, nichtig sind. Ferner sei es unzulässig, vertraglich die freie Beweiswürdigung des § 286 ZPO zu unterlaufen und dem Richter die rechtliche Beurteilung von Sachverhalten vorzuschreiben [310].

Dies überzeugt nicht. Anzuknüpfen ist vielmehr an das, was bisher zur Zulässigkeit von Prozeßverträgen in Rechtsprechung und Literatur erarbeitet wurde. Da dies wie oben ausgeführt, sehr allgemein gehalten ist, erscheint es vernünftig, die Vereinbarung der Streitverkündungswirkung in ihre einzelnen Bestandteile zu zerlegen und diese dann auf ihre Zulässigkeit zu untersuchen. Die Streitverkündung entfaltet Bindungswirkung hinsichtlich des Tatsachenstoffes und präjudizieller Rechtsverhältnisse. Im folgenden werden diese zwei Teile der Vereinbarung der Streitverkündungswirkung auf ihre Zulässigkeit untersucht.

aa. Tatsachenstoff

Die Parteien sind prinzipiell frei in der Festlegung des

---

308) Wieczorek § 68 Anm A IV a, § 74 Anm C III; Schneider MDR 1961, 3, 4

309) Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 3

310) Wieczorek § 68 Anm A IV a, § 74 Anm C III; Schneider MDR 1961, 3, 4

Tatsachenstoffes. Dies ergibt sich bereits aus einem der Grundprinzipien des Zivilprozesses, nämlich der Verhandlungsmaxime [311]. Wenn es den Parteien überlassen ist, Tatsachen zuzugestehen (§ 288 Absatz 1 ZPO) und vorgetragene Tatsachen nicht zu bestreiten (§ 138 Absatz 3 ZPO), so muß es auch zulässig sein, Tatsachen aus einem anderen Prozeß zu übernehmen [312]. Nun kann aber daraus, daß die Parteien einvernehmlich über den Prozeßstoff zu bestimmen vermögen, nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß eine Partei in der Lage ist, gegen den Willen der anderen Partei einen früher geschlossenen diesbezüglichen Prozeßvertrag durchzusetzen [313]. Schlosser [314] hat die Maßstäbe herausgearbeitet, an denen derartige vorgängige Verträge zusätzlich zu messen sind. Es sind zum einen die Wahrung der Entschlußfreiheit der Parteien und zum anderen ein öffentliches Interesse in der Form des den Zivilprozeß beherrschenden Beschleunigungsgrundsatzes.
Was die Wahrung der Entschlußfreiheit angeht, so bestehen bei dem hier zu behandelnden Aspekt der Vereinbarungen der Interventionswirkung keine Bedenken. Es ist nämlich so, daß die Tatsachen, die in den Folgeprozeß übernommen werden, bereits das Ergebnis richterlichen Ent-

---

311) Stein/Jonas/Leipold § 138 Rz 37

312) Schiedermair S. 80 gewinnt aus der Geltung der Verhandlungsmaxime ein Argument für die Zulässigkeit von Beweisverträgen; ähnlich schließt er (S. 79) aus der Dispositionsmaxime auf die Zulässigkeit von Klagerücknahme- und Rechtsmittelverzichtsverträgen.

313) Schlosser S. 43

314) Schlosser S. 44

scheidens sind, also eine gewisse Richtigkeitsgewähr gegeben ist. Gegen eventuell überraschende Ergebnisse des Erstprozesses ist die von der Interventionswirkung betroffene Partei durch § 68 2. Halbsatz ZPO geschützt, wonach die Interventionswirkung auf Feststellungen beschränkt ist, die die betroffene Partei beeinflussen konnte. Schon gar nicht ist zu erkennen, daß Prozeßverträge des hier zu behandelnden Inhalts dem Beschleunigungsgrundsatz entgegenstehen. Das Gegenteil ist der Fall. Sie bringen eine Beschleunigung des Folgeverfahrens, da Beweisaufnahmen vermieden werden.
Diese Überlegungen versagen natürlich dann, wenn die Verhandlungsmaxime eingeschränkt oder gänzlich außer Kraft gesetzt ist wie z.B. in Ehesachen [315]. In diesem Fall ist Prozeßverträgen der vorliegenden Art die Wirksamkeit zu versagen.

bb. Präjudizielle Rechtsverhältnisse

Die Zulässigkeit von Vereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse wird in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert [316]. Dabei bejaht die wohl herrschende Meinung im Bereich dispositiven Rechts deren Zu-

---

315) Siehe dazu Schiedermair S. 80 Fn 86 hinsichtlich Beweisverträgen

316) Siehe etwa Häsemeyer ZZP 85, 207

lässigkeit. In der neueren Literatur hält lediglich Häsemeyer [317] Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse für unzulässig. Auf diesen doch sehr allgemein geführten Meinungsstreit braucht jedoch hier nicht näher eingegangen zu werden. Es erscheint nämlich viel erfolgversprechender, der Lösung der aufgeworfenen Frage über die Problematik der vertraglichen Rechtskrafterstreckung näherzukommen.

Vereinbarungen der Interventionswirkung sind nämlich - von der Bindung hinsichtlich Tatsachen abgesehen - nichts anderes als Verträge, die eine Rechtskrafterstreckung oder mit anderen Worten eine Unterwerfung unter die Rechtskraft beinhalten, sodaß mit der Lösung des Problems der vertraglichen Rechtskrafterstreckung auch die vorgelegte Frage geklärt wäre. Bisher wurde in der Literatur [318] die Zulässigkeit der auf die Rechtskrafterstreckung gerichteten Verträge bejaht. Soweit ersichtlich verneinen in der neueren Literatur lediglich Kempf und Jauernig [319] und zwar letzterer mit ausführlicher Begründung die Zulässigkeit der genannten Verträge, doch vermögen diese Argumente nicht zu überzeugen.

Zunächst sollte Einigkeit darüber bestehen, daß aus der in Literatur und Judikatur [320] einhellig eingenommenen

---

317) Häsemeyer ZZP 85, 207, 228

318) Für die Zulässigkeit sprechen sich aus: Goldschmidt S. 198 f; Schiedermair S. 76 Fn 75

319) Jauernig ZZP 64, 285, 301 ff; Kempf ZZP 73, 342, 370 f

320) Siehe etwa Schlosser S. 12 mwN

Position, daß den Parteien die materielle Rechtskraft nicht zur Disposition gestellt werden kann, nichts für die hier aufgeworfene Frage hergeleitet werden kann, da dabei das Problem angesprochen wird, ob die Parteien auf die Wirkungen der materiellen Rechtskraft eines Urteils verzichten können, während es hier, wie schon die Wortwahl andeutet, um Rechtskrafterstreckung auf Dritte geht [321]. Und doch greift Jauernig letztlich bei seinem ersten Argument gegen die Zulässigkeit der Rechtskrafterstreckung kraft Vereinbarung auf diese Überlegung zurück. Er [322] meint, wenn die Rechtskraft (kraft Gesetzes) wegen des dahinterstehenden öffentlichen Interesses von Amts wegen zu beachten sei und eine Ausdehnung der Rechtskraft durch Parteivereinbarung zugelassen werde, so dürfe diese Rechtskraft (kraft Vereinbarung) nicht von Amts wegen nachgeprüft werden, da sie gerade auf das Fehlen des öffentlichen Interesses gegründet sei. Es gäbe eine Rechtskraft im öffentlichen und eine Rechtskraft im privaten Interesse, sodaß das einheitliche Prinzip zerschlagen, die Rechtskraft aus den Angeln gehoben sei.
Dieser Überlegung kann nicht gefolgt werden. Welches einheitliche Prinzip soll denn zerschlagen sein? Offen-

---

321) So Schiedermair S. 76 Fn 75; wohl auch Jauernig ZZP 64, 285, 303

322) Jauernig ZZP 64, 285, 304

sichtlich übersieht Jauernig, daß die Rechtskraft zum einen kraft Gesetzes, zum anderen kraft Vereinbarung eintritt. Es ist nicht einsehbar, warum die Rechtskraft kraft Vereinbarung dieselbe Behandlung erfahren müßte wie die Rechtskraft kraft Gesetzes.

Damit ist aber auch das zweite und letzte Argument Jauernigs [323] entkräftet, da es auf dem eben behandelten fußt. Jauernig führt aus, die Parteien könnten über die Rechtskraft als Ausdruck eines Hoheitsakts nicht disponieren, die Rechtskraft komme nur einem Urteil zu. Sie könne auch nicht angezapft werden. Hier wird wie beim ersten Argument verkannt, daß die Wirkung der Rechtskraft von Gesetzes wegen mit der Unanfechtbarkeit des Urteils eintritt, während die Rechtskraft durch Parteivereinbarung lediglich ein rechtskräftiges Urteil voraussetzt, deren Wirkung aber "keine (prozessuale) Urteilswirkung", "vielmehr eine reine Wirkung der Unterwerfung" ist [324].

Damit sind die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der auf Rechtskrafterstreckung gerichteten Verträge ausgeräumt, soweit diese mit der Rechtskraft als solcher zusammenhängen. Im übrigen gelten natürlich dieselben Einschränkungen, wie sie oben unter aa. herausgearbeitet wurden.

---

323) Jauernig ZZP 64, 285, 304

324) Schiedermair S. 112

cc. Verstoß gegen das Prorogationsverbot?

Der Folgeprozeß wird in der Regel vor einem Gericht geführt, das örtlich nicht mit dem des Erstprozesses identisch ist. Da damit der Folgeprozeß teilweise mit den Feststellungen des Erstgerichts entschieden wird, ist zu fragen, ob es zum Schutze des Dritten gerechtfertigt ist zu sagen, daß die Vereinbarung der Interventionswirkung zumindest partiell eine Gerichtsstandsvereinbarung enthält [325]. Für diesen Fall läge es nahe, die genannten Vereinbarungen den Bestimmungen der §§ 38, 40 ZPO zu unterwerfen. Dagegen spricht nicht, daß §§ 71 ff ZPO nicht mit den Bestimmungen der §§ 38, 40 ZPO harmonisieren. So ist zum Beispiel bei ausschließlichem Gerichtsstand gemäß § 40 Absatz 2 ZPO im Gegensatz zur Streitverkündung eine Prorogation unzulässig. Daß der Gesetzgeber die Streitverkündung auch bei ausschließlichem Gerichtsstand des Streitverkündeten zuläßt, ist möglicherweise darauf zurückzuführen, daß er den Schutz des Streitverkünders im Vergleich zu dem des Streitverkündeten als vorrangig betrachtet. Dies erscheint insbesondere dann einleuchtend, wenn man wie hier als Zweck der Streit-

---

325) Milleker ZZP 80, 299 Fn 42 führt immerhin aus, daß die Streitverkündungsnormen Spezialregelungen zu den §§ 12 ff ZPO seien. Bernstein S. 87 spricht vom Prinzip der angelehnten Zuständigkeit.

verkündung die Beseitigung der Notlage des Streitverkünders ansieht.

Trotzdem ist zum Schutze des Dritten die Anwendung der §§ 38, 40 ZPO nicht geboten. Das grundsätzliche Prorogationsverbot, das mit Wirkung ab 01.04.1974 eingeführt wurde, war die Reaktion des Gesetzgebers auf die vor diesem Zeitpunkt eingetretenen Mißstände, wonach im "vereinbarten" Gerichtsstand eine überdurchschnittlich hohe Zahl von Verfahren durch Versäumnisurteil endete, von denen erfahrungsgemäß ein beträchtlicher Teil nicht der materiellen Rechtslage entsprach [326]. Gerade dieser Mißstand ist bei den hier zu erörternden Vereinbarungen nicht zu befürchten. Im Erstprozeß ergeht gegen den Dritten kein Urteil, geschweige denn ein Versäumnisurteil. Hinzu kommt, daß für den Dritten nicht einmal ein Zwang besteht, am Erstprozeß teilzunehmen.

Es ist demnach nicht zu erkennen, daß zum Schutze des Dritten eine analoge Anwendung der §§ 38, 40 ZPO geboten wäre.

Demnach sind die in Rede stehenden Vereinbarungen als zulässig anzusehen. Diese Überlegungen werden bestätigt durch einen Vergleich mit den sogenannten "Musterprozeßabreden" [327]. Es handelt sich hierbei um Verträge

---

326) Zöller/Vollkommer Vor § 38 Rz 5

327) Grundlegend dazu Kempf ZZP 73, 342

zwischen den Parteien eines Musterprozesses des Inhalts, daß die im Musterprozeß ergehenden Entscheidungen auch für andere Rechtsstreitigkeiten bindend sein sollen [328]. Derartige Verträge werden als zulässig betrachtet [329]. Der Vergleich erfährt keinen Abbruch dadurch, daß Musterprozeßabreden dem materiellen Recht zugerechnet werden [330]. In der Sache selbst - also unabhängig von der Einordnung ins materielle oder prozessuale Recht - stellt die Vereinbarung der Interventionswirkung einen Unterfall einer Musterprozeßabrede dar, so daß sich aus der Zulässigkeit von Musterprozeßabreden auch die Zulässigkeit der in Rede stehenden Vereinbarungen ableiten läßt.

b. Abdingung der Interventionswirkung

Mit der herrschenden Meinung in der Literatur [331] sind Verträge, die die Interventionswirkung ausschließen, als wirksam zu respektieren. Wenn schon kein Zwang zur Streitverkündung besteht, so ist auch nicht einzusehen, weswegen sich die Parteien nicht von der Wirkung einer einmal erklärten Streitverkündung befreien können. Anders müßte man allenfalls dann urteilen, wenn man

---

328) Siehe etwa Kempf ZZP 73, 342, 346; Lindacher JA 1984, 404, 405

329) Kempf ZZP 73, 342, 375; Lindacher JA 1984, 404, 405

330) Kempf ZZP 73, 342, 373; Lindacher JA 1984, 404, 405

331) Schneider MDR 1961, 3, 4; Geimer NJW 1970, 387; Schwanecke S. 118; aA Stein/Jonas/Leipold § 68 Rz 3; differenzierend Milleker ZZP 84, 99 f

entgegen der hier vertretenen Ansicht Sinn und Zweck der Streitverkündung im öffentlichen Interesse liegend ansehen würde. Doch wäre dann wiederum nicht verständlich, weswegen im Gesetz nicht ein Zwang zur Streitverkündung festgeschrieben worden wäre.

V. Die materiellrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung

Die erfolgte Streitverkündung hat nicht nur prozessuale, sondern auch materiellrechtliche Wirkungen. Letztere bestehen im wesentlichen in der Unterbrechung der Verjährung und Ersitzung (§§ 209, 941 BGB) und der Vermeidung sonstiger Rechtsverluste (§§ 478, 485, 639 BGB). Dabei stehen die prozessualen und materiellrechtlichen Wirkungen nicht beziehungslos nebeneinander. Die durch die Streitverkündung eintretende Interventionswirkung bliebe ohne gleichzeitig eintretende Verjährungsunterbrechung sinnlos, da ansonsten der Streitverkünder in vielen Fällen gezwungen wäre, gegen den Dritten Klage zu erheben, bevor der Erstprozeß beendet ist, um die Verjährung zu unterbrechen.

1. Keine Verjährungsunterbrechung bei Klagerücknahme?

Rechtsprechung und Literatur [332] stellen sich einhellig auf den Standpunkt, daß die Klagerücknahme auch die materiellrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung, also auch die Verjährungsunterbrechung, entfallen lasse. Vorreiter dieser Ansicht war das Oberlandesgericht Hamburg in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1934 [333]. Das Gericht begründete seine Meinung im wesentlichen damit, daß hinsichtlich der Streitverkündung eine dem § 212 BGB entsprechende Regelung fehle und damit § 271 Absatz 3 ZPO (jetzt § 269 Absatz 3 ZPO) zur Anwendung komme, wonach der Rechtsstreit als nicht anhängig anzusehen sei, wenn die Klage zurückgenommen werde. Obwohl das Gericht selbst erkennt, daß dies unbefriedigend ist, weil dadurch der Kläger, der den Streit verkündet hat, gezwungen sei, den Prozeß bis zu einer gerichtlichen Entscheidung fortzuführen, um die Verjährungsunterbrechung aufrechtzuerhalten, gab es dieser Überlegung nicht weiter nach. Diese hätte aber zur einzig vertretbaren Lösung der Problematik geführt. Denn gänzlich unverständlich wird der Standpunkt des Gerichts für den Fall, daß der Beklagte den Streit verkündet hat und der Kläger die Klage zurücknimmt. Dies hätte zur Folge, daß

---

332) Rosenberg/Schwab § 48 IV 3 mwN; MüKo/Feldmann § 215 Rz 2; BGHZ 65, 134

333) OLG Hamburg HRR 1935, 670

zwar der Kläger gemäß § 212 Absatz 2 BGB an der Weiterverfolgung seiner Ansprüche nicht gehindert wäre, der Beklagte aber durch eine nun im nachhinein eingetretene Verjährung benachteiligt wäre. Der Beklagte wäre gemäß § 269 Absatz 1 ZPO bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung auf Gedeih und Verderb dem Kläger ausgeliefert. Dieses Dilemma läßt sich durch eine analoge Anwendung der §§ 212 Abs. 2, 215 Abs. 2 BGB zwanglos auflösen. Wenn schon dem Kläger nach erfolgter Klagerücknahme durch erneute Klage binnen sechs Monaten die Chance gegeben wird, die Verjährungsunterbrechung aufrechtzuerhalten, obwohl die Klagerücknahme in seinem Belieben liegt, um wieviel mehr muß dann dies gelten für den Streitverkünder, der wegen § 269 Abs. 1 ZPO auf die Klagerücknahme eventuell keinen Einfluß nehmen kann.
Soweit ersichtlich wird der hier begründete Standpunkt lediglich von Wieczorek [334] vertreten.

2. Keine Verjährungsunterbrechung bei tatsächlich günstigem Ausgang des Erstprozesses?

Da bei tatsächlich günstigem Ausgang des Erstprozesses eine Interventionswirkung verneint wurde, liegt es nahe,

---

334) Wieczorek § 74 C II b

dies entsprechend mit der Verjährungsunterbrechung zu halten. Tatsächlich gehen das Reichsgericht [335] und eine Mindermeinung in der Literatur [336] davon aus, daß eine Streitverkündung bei günstigem Ausgang des Erstprozesses hinsichtlich der Verjährungsunterbrechung keine Wirkung zeitigt. Der Bundesgerichtshof [337] und die überwiegende Mehrheit in der Literatur [338] vertreten die Gegenansicht, der zu folgen ist. Allerdings kann die Begründung dieser Ansicht, wie sie der Bundesgerichtshof gibt, nicht überzeugen.

Der Bundesgerichtshof [339] beruft sich zunächst - dies ist allerdings sein Hauptargument - auf den Gesetzeswortlaut des § 72 ZPO, wonach es für die Zulässigkeit der Streitverkündung auf den Glauben und die Besorgnis der Partei im Augenblick der Streitverkündung ankommt. Demnach sei es für den Eintritt der Streitverkündungswirkung unerheblich, wie der Prozeß tatsächlich ausgeht.

Dieses Ergebnis sieht der Bundesgerichtshof bestätigt durch die Besinnung auf Sinn und Zweck der Streitverkündung [340]. Da die Streitverkündung widersprechende Beurteilungen desselben Sachverhalts durch verschiedene Richter verhindern und überflüssige Prozesse

---

335) RG JW 1913, 32

336) Rosenberg/Schwab § 48 IV

337) BGHZ 36, 212, 214

338) Palandt § 209 Anmerkung 3 e

339) BGHZ 36, 212, 214

340) BGHZ 36, 212, 215

vermeiden soll, müsse sich auch die Zulässigkeit der Streitverkündung danach richten, so daß eine Streitverkündung dann zulässig ist, wenn aus der Sicht des Streitverkünders die Entscheidung eines Rechtsstreits in ihren tatsächlichen oder rechtlichen Grundlagen einen ungünstigen Ausgang nehmen kann. Es darf offen bleiben, ob dieser Schlußfolgerung vom Stand des Bundesgerichtshofs hinsichtlich des Sinns und Zwecks der Streitverkündung zu folgen ist. Hier kann das Argument des Bundesgerichtshofs schon deswegen keine Verwendung finden, weil die weite Auslegung des Begriffs "ungünstiger Ausgang des Rechtsstreits" durch den Bundesgerichtshof, wie bereits oben ausgeführt [341], nicht anzuerkennen ist. Auch der weiteren Überlegung des Bundesgerichtshofs, lediglich die von ihm gefundene Auslegung führe zu vernünftigen Ergebnissen [342], ist nicht beizupflichten. Es ist nämlich nicht richtig, daß ansonsten zum Beispiel der verklagte Streitverkünder eine Aufrechnung meiden müßte, um nicht zu obsiegen. Denn es liegt auf der Hand [343], daß als "Ausgang des Rechtsstreits" im Sinne des § 72 ZPO nicht blindlings der Tenor des Urteils zu nehmen ist, sondern die Entscheidung über den Anspruch, die im negativen Falle

---

341) Siehe B.II.4.b.

342) BGHZ 36, 212, 216

343) Siehe dazu schon B.II.4.b.

möglicherweise die Bahn frei gibt für die Geltendmachung eines Parallel- bzw. Regreßanspruchs gegen einen Dritten. Wenn demnach die verklagte Partei einem Dritten den Streit verkündet und dann mit einer existierenden Gegenforderung aufrechnet, so ist als Ausgang des Rechtsstreits im Sinne des § 72 ZPO nicht die Klageabweisung zu betrachten, sondern die Entscheidung über die Klageforderung selbst. Da damit die beiden Hilfsargumente des Bundesgerichtshofs nicht durchschlagskräftig erscheinen, kommt entscheidende Bedeutung der bereits oben erwähnten Argumentation des Bundesgerichtshofs zu, gemäß § 72 ZPO komme es hinsichtlich der Zulässigkeit der Streitverkündung auf die subjektive Sicht des Streitverkünders an, so daß der tatsächliche Ausgang des Prozesses keine Rolle spiele. Dabei kann hier selbstverständlich nicht gegen die Ansicht angegangen werden, für die Zulässigkeit der Streitverkündung sei die subjektive Sicht des Streitverkünders maßgebend, da dies auch hier vertreten wird. Nichts anderes kann gesagt werden hinsichtlich der Ansicht, daß § 209 BGB keine weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Streitverkündung einführt [344]. Abzulehnen ist jedoch die Schlußfolgerung [345], daß eine

---

344) BGHZ 36, 212, 214

345) So auch Häsemeyer NJW 1978, 1165

zulässige Streitverkündung automatisch die Interventionswirkung (und damit dann auch die Verjährungsunterbrechung) nach sich ziehe. Dies wurde bereits oben [346] dargelegt. Wenn hier letztlich doch der Ansicht des Bundesgerichtshofs gefolgt wird, so liegt dies an einer Überlegung, die anschließend an bereits früher Gesagtes [346], anzustellen ist. Der Grund für die Annahme, daß bei günstigem Ausgang des Erstprozesses die Interventionswirkung nicht eintritt, ist darin zu sehen, daß die streitverkündungstypische Notlage weggefallen ist, so daß nach Sinn und Zweck der Streitverkündung die Interventionswirkung nicht mehr gerechtfertigt erscheint. Anders ist dies jedoch hinsichtlich der Verjährungsunterbrechung. Aus der Beendigung der streitverkündungstypischen Notlage ist nicht unbedingt zu schließen, daß auch der Anspruch, der die Streitverkündung ausgelöst hat, in Wegfall geraten ist, da eben hinsichtlich der Streitverkündung die subjektive Sicht des Streitverkünders und nicht die objektive Rechtslage entscheidend war. Es könnte sich zum Beispiel nunmehr herausstellen, daß objektiv niemals ein Fall der Alternativhaftung vorlag. Dies trifft nach der hier [347] vertretenen Ansicht entgegen der herrschenden Meinung in

---

346) Siehe oben B.III.2.c.

347) Siehe oben B.II.3.c.

Literatur und Rechtsprechung immer dann zu, wenn bei bloßem Vorliegen eines Anspruchs aus § 839 Absatz 1 Satz 2 BGB der Streit verkündet wurde, ohne daß sichergestellt war, daß überhaupt ein Alternativverhältnis gemäß § 72 ZPO gegeben war.

Wie man sieht, ist bei günstigem Ausgang des Rechtsstreits zwar der Eintritt der Interventionswirkung nicht mehr gerechtfertigt, wohl aber die Verjährungsunterbrechung. Der Streitverkünder konnte und durfte sich auf die verjährungsunterbrechende Wirkung der Streitverkündung verlassen; durch den für ihn günstigen Ausgang des Erstprozesses darf er dieses Rechtsvorteils nicht verlustig gehen.

3. Keine Verjährungsunterbrechung bei unzulässiger Streitverkündung

Was die Verjährungsunterbrechung angeht, so ist klar, daß das materielle Recht zusätzlich zu denen des § 72 ZPO keine weiteren Bedingungen festlegt [348]. Dies wurde vom Reichsgericht für den Fall der Verjährungsunterbrechung schon früh ausgesprochen [349] und seitdem von niemandem bestritten.

---

348) Palandt § 209 Anmerkung 6 e
349) RGZ 58, 76

Noch nicht ausgetragen ist aber die Frage, ob die materiellrechtlichen Wirkungen lediglich durch eine zulässige Streitverkündung ausgelöst werden. Zwar hat sich eine herrschende Meinung in Rechtsprechung [350] und Literatur [351] dahingehend entwickelt, daß einzig eine zulässige Streitverkündung die Verjährungsunterbrechung herbeiführen kann. Doch erscheint diese Ansicht nicht interessengerecht. So vertritt Rosenberg/Schwab [352] die Meinung, daß auch eine unzulässige Streitverkündung die Verjährungsunterbrechung bewirken soll, wenn innerhalb von sechs Monaten nach Feststellung der Unzulässigkeit der Streitverkündung Klage erhoben wird. Dieser Meinung ist zu folgen. Sie ist zu rechtfertigen über eine analoge Anwendung des § 212 Absatz 2 BGB [353].
Eine analoge Anwendung setzt ähnlichen Sachverhalt gerade in der für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Hinsicht voraus [354]. Sinn der Regelung des § 212 Absatz 2 BGB ist es, dem Kläger, der auf die eingetretene Verjährungsunterbrechung vertrauen darf, die Möglichkeit zu geben, die durch das Prozeßurteil rückwirkend weggefallene Verjährungsunterbrechung [355] dadurch aufrechtzuerhalten, daß er innerhalb von sechs Monaten erneut Klage erhebt und zwar nach Beseitigung der

---

350) OLG Hamburg HHR 35, 670; BGHZ 65, 127, 130; BGHZ 70, 187, 189

351) Stein/Jonas/Leipold § 72 Rz 8; Thomas/Putzo § 74 Anmerkung 1b

352) Rosenberg/Schwab § 48 IV 1

353) Nicht § 215 BGB, wie in Rosenberg/Schwab angegeben

354) Larenz S. 366

355) Soergel/Augustin § 212 Anmerkung 1

Hindernisse, die zur Klagerücknahme bzw. zum Prozeßurteil geführt haben. Der Streitverkünder, dessen Streitverkündung sich im nachhinein als unzulässig herausstellt, befindet sich diesbezüglich in ähnlicher Situation. Auch er durfte auf die eingetretene Verjährungsunterbrechung vertrauen, so daß ihm nach Feststellung der Unzulässigkeit der Streitverkündung ebenfalls die Möglichkeit zu eröffnen ist, die rückwirkend weggefallene Verjährungsunterbrechung in der in § 212 Absatz 2 BGB geschilderten Weise aufrechtzuerhalten. Gegen diese Analogie kann nicht eingewandt werden, daß dem Streitverkünder, dessen Streitverkündung sich als unzulässig erweist, wegen der Natur der Zulässigkeitsvoraussetzung, wie sie in § 72 ZPO beschrieben ist, nicht die Möglichkeit der Korrektur zu Gebote steht. Hierauf kommt es nämlich bei der Anwendung des § 212 Absatz 2 BGB nicht entscheidend an, da es einhellige Ansicht ist, daß statt der Klageerhebung im Sinne von § 212 Absatz 2 BGB jede andere Form der Geltendmachung einer Forderung nach § 209 Absatz 2 BGB anzuerkennen ist, woraus wiederum zu schließen ist, daß die Möglichkeit der Korrektur der Hindernisse, die zur Klagerücknahme bzw. zum Prozeßurteil geführt haben, für die Anwendung des § 212 Absatz 2 BGB nicht von Bedeutung ist.

Nach alledem ist festzuhalten, daß auch eine unzulässige Streitverkündung die Verjährungsunterbrechung bewirkt, wenn nur der Streitverkünder sechs Monate nach Feststellung der Unzulässigkeit der Streitverkündung Klage gemäß § 212 Absatz 2 BGB erhebt oder eine sonstige Aktion gemäß § 209 Absatz 2 BGB ergreift. Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht wird bestätigt durch den oben [356] geschilderten Fall, der der Entscheidung des OLG München, abgedruckt in VersR 1976, 72 zugrunde liegt. Das Gericht hielt die an Dritten erklärte Streitverkündung für unzulässig, so daß diese Streitverkündung keine Verjährungsunterbrechung bewirkt hatte, wenn man sich an der herrschenden gegenteiligen Meinung zu der hier aufgeworfenen Frage orientieren würde. Dieses Ergebnis wäre jedoch untragbar.

4. Keine Verjährungsunterbrechung bei Zurückweisung des Beitritts des Streitverkündeten?

Oben [357] wurde dargelegt, daß bei Zurückweisung des Beitritts des Streitverkündeten die Streitverkündung keine Interventionswirkung entfaltet. Anderes muß jedoch gelten hinsichtlich der Verjährungsunterbrechung. Hier

---

356) Siehe B.II.3.b.

357) Siehe B.III.1.

liegt eine der oben [358] beschriebenen ähnliche Situation vor. Der Streitverkünder durfte darauf vertrauen, daß durch die von ihm erklärte Streitverkündung Verjährungsunterbrechung eintrat. Da nun bindend feststeht, daß die Streitverkündung keine prozessualen Wirkungen entfaltet, ist ihm analog § 212 Absatz 2 BGB die Chance einzuräumen, über eine andere Aktion gemäß § 209 BGB die Verjährungsunterbrechung aufrechtzuerhalten.

5. Streitverkündung statt Klageerhebung i.S. von §§ 212 Absatz 2, 215 Absatz 2 BGB

Die Literatur [359] ist einhellig der Meinung, daß statt der Klageerhebung im Sinne von § 212 Absatz 2 BGB jede andere Form der Geltendmachung nach § 209 Absatz 2 BGB anzuerkennen ist, also auch die Streitverkündung. Auch das Reichsgericht [360] hat sich bereits in diesem Sinne geäußert, allerdings in einem obiter dictum. Dem ist nichts hinzuzufügen.

Es ist kein Grund ersichtlich, den Fall des § 215 Absatz 2 BGB anders zu behandeln als den des § 212 Absatz 2 BGB. So wird denn auch vertreten, daß die Zustellung des

---

358) Siehe B.V.2.

359) Palandt/Heinrichs § 212 Anmerkung 2; Soergel/Augustin § 212 Anmerkung 4; Erman/Hefermehl § 212 Anmerkung 3

360) RG JW 1926, 374

Zahlungsbefehls (jetzt Mahnbescheid) im Verfahren (§ 209 Absatz 2 Ziffer 1 BGB) [361], der Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 210 BGB) [362] und die Anmeldung des Anspruchs im Konkurs (§ 209 Absatz 2 Ziffer 2 BGB) [363] der Klageerhebung gleichstehen. Teilweise [364] werden bereits wie hier alle Arten der Geltendmachung nach §§ 209 II, 210 BGB der Klage gleichgestellt.

VI. Rechtsschutz der Betroffenen

1. Art des Rechtsmittels bei Zurückweisung des Nebenintervenienten

Gemäß § 71 Absatz 2 ZPO erfolgt die Zurückweisung des Nebenintervenienten durch Zwischenurteil, wogegen das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde stattfindet. Dies ist unumstritten, solange die Zurückweisung wegen des Fehlens der Voraussetzungen des § 66 ZPO ausgesprochen wird. Anders ist dies jedoch, wenn die Zurückweisung auf das Fehlen einer allgemeinen Prozeßhandlungsvoraussetzung gestützt wird. Nach wohl herrschender Meinung ist hierüber durch Beschluß zu entscheiden. Dementspre-

---

361) OLG Stettin Recht 1907 Nr. 562; Erman/Hefermehl § 215 Anmerkung 3; Soergel/Augustin § 215 Anmerkung 4

362) BGHZ 53, 272; Erman/Hefermehl § 215 Anmerkung 3

363) Erman/Hefermehl § 215 Anmerkung 3; Soergel/Augustin § 215 Anmerkung 4

364) Palandt/Heinrichs § 215 Anmerkung 2

chend ist gegen diesen Beschluß das Rechtsmittel der einfachen Beschwerde statthaft [365]. Neuerdings wird hierzu die Ansicht vertreten [366], daß auch in diesem Fall § 71 ZPO entsprechende Anwendung finden solle mit der Konsequenz, daß auch hinsichtlich der allgemeinen Prozeßvoraussetzungen durch Zwischenurteil zu entscheiden sei, das durch sofortige Beschwerde angefochten werden könne. Begründet wird dies im wesentlichen damit, daß das Rechtsmittel der einfachen Beschwerde an keine Frist gebunden ist und damit in das Verfahren ein Moment der Unsicherheit und Ungewißheit bringe [367]. Dies ist jedoch eine Überlegung, die die Ökonomie des Prozessierens betrifft und de lege lata nicht von entscheidender Bedeutung ist. Es muß daher dabei bleiben, daß § 71 Absatz 2 ZPO lediglich dann anwendbar ist, wenn es um die Voraussetzungen des § 66 ZPO geht, also nicht beim Fehlen von allgemeinen Prozeßvoraussetzungen.

2. Beschwerdebefugnis des Streitverkünders

Für den Fall der Nichtzulassung des Dritten als Nebenintervenienten durch das Gericht wird gegen die wohl herrschende Meinung [368] die Ansicht [369] ver-

---

365) Zöller/Vollkommer § 66 Rz 14; Thomas/Putzo § 66 Anmerkung 4 a; Rosenberg/Schwab § 47 III 1; Kittner JUS 1985, 703, 707

366) Wieczorek § 66 B II c; Lammenett S. 22

367) Lammenett S. 21

368) OLG Frankfurt NJW 1970, 817; Thomas/Putzo § 71 Anmerkung 2 b; Lammenett S. 18

369) Zöller/Vollkommer § 71 Rz 6; Stein/Jonas/Leipold § 71 Rz 8

treten, daß der Streitverkünder nicht beschwerdebefugt sei. Diese Ansicht ist strikt abzulehnen; sie ist ein Relikt einer verfehlten Betrachtungsweise, die die Probleme des Streitverkündungsrechts nicht aus der Sicht des Streitverkünders, sondern aus der des Nebenintervenienten zu lösen sucht [370]. Gerade der Streitverkünder, der sich in einer Notlage befindet, wird von allen Beteiligten durch eine Zurückweisung des Nebenintervenienten am stärksten in Mitleidenschaft gezogen. Er wäre nämlich in seinem Recht, die Interventionswirkung herbeizuführen, betroffen und gehindert, die Notlage zu beseitigen. Ihm steht daher allen voran die Beschwerdebefugnis gegen die Nichtzulassungsentscheidung des Gerichts zu.

C. Schlußbemerkung

Die vorgelegte Arbeit hat zweierlei gezeigt. Zum einen wurde offenbar, daß die Lösung der großen Streitverkündungsrechtsprobleme davon abhängt, welchen Zweck - öffentliches oder privates Interesse - man dem Institut der Streitverkündung zuschreibt. Sicherlich konnte hier kein strikter Beweis dafür erbracht werden, daß der

---

370) Siehe dazu schon oben A.I.

Zweck der Streitverkündung einzig und allein im privaten Interesse liege, nämlich in der Beseitigung der streitverkündungstypischen Notlage einer Partei. Es hat sich jedoch zum anderen gezeigt, daß bei dieser Ausgangsposition die großen Streitverkündungsrechtsprobleme einer Lösung zugeführt werden können, die mit dem übrigen Streitverkündungsrecht und vor allem mit dem sonstigen Zivilprozeßrecht in Einklang steht.

Dabei war es natürlich nicht möglich, im Rahmen dieser Arbeit zu allen oder auch nur zu fast allen Problemen des Streitverkündungsrechts Stellung zu beziehen. Es wird jedoch der Hoffnung Ausdruck gegeben, daß diese Arbeit dazu beiträgt, dem beklagenswerten Zustand abzuhelfen, daß das Streitverkündungsrecht in der Theorie nicht die Beachtung findet, die ihm wegen der Bedeutung der Streitverkündung in der Praxis eigentlich zukommen müßte.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubin Bernhard/Zweigert Konrad, Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht, Tübingen 1952

Baumbach Adolf/Lauterbach Wolfgang/Albers Jan/Hartmann Peter, Zivilprozeßordnung, 43. Auflage, München 1985

Baumbach Adolf/Duden Konrad/Hopt Klaus, Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 25. Auflage, München 1983

Baumgärtel Gottfried, Prozeßhandlungen einer Partei im Zivilprozeß, Berlin 1957

Baumgärtel Gottfried, Neue Tendenzen der Prozeßhandlungslehre in ZZP 87, 121

Baur — Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse in Festschrift für Eduard Bötticher, Berlin 1969

Bayer Hieronymus — Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Zivilprozeß, München 1856

Bernstein Herbert — Prozessuale Risiken im Handel mit den USA in Festschrift für Murad Ferid, München 1978

Bischof Hans Helmut, Die Streitverkündung in JurBüro 1984, 969, 1141, 1309

Brüggemann Dieter — Unausgebildete Gegnerschaftsverhältnisse in ZZP 81, 458

Bruns Rudolf — Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, München 1979

Bruns Rudolf — Die Erweiterung der Streitverkündung in den Gesetzgebungsarbeiten zur Novelle der deutschen Zivilprozeßordnung in Festschrift für Hans Schima, Wien 1969

Bruns Rudolf — Zur bevorstehenden Novellierung in der Zivilprozeßordnung in JZ 1969, 127

Dahlmanns Gerhard — Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts
Band 1, Aalen 1971
Band 2, Aalen 1971
Band 3, Aalen 1975
Band 4, Aalen 1975

Donau Helmut — Prozeßstandschaft und Streithilfe im Vollstrekkungsschutzverfahren in NJW 1955, 412

Eibner Josef-Adolf — Die deliktische Haftung von Nebentätern bei Mitverschulden des Geschädigten in JZ 1978, 50

Erman Walter — Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage, München 1980, 1. Band

Eyermann Erich/Fröhler Ludwig, Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Auflage, München 1980

Fasching Hans — Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, Wien 1984

Fasching Hans — Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, II. Band, Wien 1962

Förster A./Kann Richard, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1. Band, 3. Auflage, Berlin 1931

Geimer Reinhold — Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15.10.1969 in NJW 1970, 387

Goldschmidt James — Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925

Gorski Hans G. — Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 20.03.1975 in NJW 1976, 811

Graßhoff Richard — Der Rechtsstreit zwischen drei und mehr Widersachern in ZZP 60, 242

Grunsky Wolfgang — Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Bielefeld 1974

Häsemeyer Ludwig — Die Interventionswirkung im Zivilprozeß - prozessuale Sicherung materiellrechtlicher Alternativverhältnisse in ZZP, 84, 179

Häsemeyer Ludwig — Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22.12.1977 in NJW 1978, 1165

Häsemeyer Ludwig — Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse und zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition in ZZP 85, 207

Hellwig Konrad — System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig 1912

Holzhammer Richard — Österreichisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Wien - New York 1976

Jansen Paul — Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Auflage, Band 1, Berlin 1969

Jauernig Othmar — Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.12.1961 in JZ 1962, 416

Kempf Ludwig — Zur Problematik des Musterprozesses in ZZP 73, 342

Kittner Thomas — Streithilfe und Streitverkündung in JUS 1985, 703 und JUS 1986, 131

Lammenett Hartmut — Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, Diss. Köln 1976

Larenz Karl — Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage München 1979

Leibholz G./Rinck H.J./Hesselberger D.; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage, Köln 1975/82

Lindacher Walter F. — Konfliktregulierung durch Musterprozeß in JA 1984, 404

Marotzke Wolfgang — Buchbesprechung in ZZP 98, 458

Martens Klaus P. — Grenzprobleme der Interventionswirkung in ZZP 85, 77

Mendelsohn-Bartholdy Albrecht, Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900

Mickel Wolfgang — Beweissicherung und Streitverkündung in BB 1984, 438

Milleker Erich — Formen der Intervention im französischen Zivilprozeß und ihre Anerkennung in Deutschland in ZZP 84, 91

Milleker Erich — Inlandswirkungen der Streitverkündung im ausländischen Verfahren in ZZP 80, 288

Münchener Kommentar — zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Kurt Rebmann und Franz J. Säcker, Band 1, 2. Auflage, München 1984 Band 3, München 1980

Odersky Felix — Nichtehelichengesetz, Kommentar, 4. Auflage, Bielefeld 1978

Palandt — Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Peter Bassenge, Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, Helmut Heinrichs, Andreas Heldrich, Hans Putzo, Heinz Thomas, 44. Auflage, München 1985

Petschek Georg/Stagel Friedrich, Der österreichische Zivilprozeß, Wien 1963

Pikart Heinz/Henn Karl E.; Lehrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 1963

Pohle Rudolf	Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis in Festschrift für Friedrich Lent, München 1957
Postelt Wolfgang	Die Beteiligung des Nachunternehmers am vorprozessualen Beweissicherungsverfahren des Bauherrn gegen den Generalunternehmer in BauR 1980, 33
Rauscher	Das Schiedsgutachtenrecht, Diss. Frankfurt 1969
Reischauer Rudolf	Streitverkündung und Bindungswirkung in ÖJZ 1979, 57
Rimmelspacher Bruno	Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttingen 1966
Ritter Christian	Zur unfreiwilligen Beteiligung an fremdem Rechtsstreit nach deutschem und italienischem Zivilprozeßrecht in Juristische Beiträge der Deutsch-Italienischen Vereinigung, Bielefeld 1971
Rosenberg Leo/Schwab	Karl Heinz, Zivilprozeßrecht, 13. Auflage, München 1981
Roßmann Wolfgang	Beiladung im Zivilprozeß, Diss. München 1967
Schiedermair Gerhard	Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonn 1935
Schilken Eberhard	Grundlagen des Beweissicherungsverfahrens in ZZP 92, 238
Schlegelberger Franz	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1. Band, 7. Auflage, Köln/Berlin 1956
Schlosser Peter	Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, Tübingen 1968

Schlosser Peter — Gestaltungsklage und Gestaltungsurteile, 1966

Schneider Egon — Über die Interventionswirkung im Folgeprozeß in MDR 1961, 3

Schreiber — Der Ausschluß verzögerten Vorbringens im Zivilprozeß als Folge von Streitverkündung, Rechtskraft oder arglistigem Verhalten in Jura 1980, 75

Schwab Karl Heinz — Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft in ZZP 77, 124

Schwanecke Hans-J. — Nebenintervention und Rechtskraftwirkung Diss. Heidelberg 1975

Soergel Hs.Th. — Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Auflage, 1. Band, Stuttgart 1978

Skonietzki Richard/Gelpcke Max, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz und den preußischen Ausführungsgesetzen, 1. Band, Berlin 1911

Stahl Walter — Beiladung und Nebenintervention, Berlin 1972

Stein Friedrich/Jonas Martin, Kommentar zur ZPO, 20. Auflage, 1. Band, Tübingen 1984, bearbeitet von Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Peter Schlosser, Ekkehard Schuhmann

Thomas Heinz/Putzo Hans, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 13. Auflage, München 1985

Wach Adolf — Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 1. Band, Leipzig 1885

Weismann Jakob — Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Band, Stuttgart 1903

Werner Ulrich/Pastor Walter, Der Bauprozeß, 4. Auflage, Düsseldorf 1983

Werres Rüdiger — Die Wirkungen der Streitverkündung und ihre Grenzen in NJW 1984, 208

Wieczorek Bernhard ZPO und Nebengesetze, 2. Auflage, Berlin 1975/6

Wieser Eberhard — Die Interventionswirkung nach § 68 ZPO in ZZP 79, 246

Wieser Eberhard — Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, Bielefeld 1965

Wieser Eberhard — Streitverkündung im Verfahren der nichtehelichen Vaterschaft in FamRZ 1971, 393

Wussow Hans-J. — Probleme der gerichtlichen Beweissicherung in Baumängelsachen in NJW 1969, 1401

Zöller Richard — Zivilprozeßordnung, 14. Auflage, Köln 1984, bearbeitet von Reinhold Geimer, Peter Gummer, Josef Mühlbauer, Peter Philippi, Egon Schneider, Dieter Stephan, Kurt Stöber, Max Vollkommer

Tabellarischer Lebenslauf

25.08.1939	Geboren in Neugebäu/Sudetenland als Sohn des Gemeindeangestellten Josef Eibner und dessen Ehefrau Maria Eibner geb. Jasny
1946 - 1951	Besuch der Volksschule in Perlesreut/Bayern
1951 - 1957	Besuch des Progymnasiums Schweiklberg
1957 - 1961	Besuch des Humanistischen Gymnasiums Passau
1960 - 1966	Studium der Mathematik in München und Berlin
1966 - 1970	Unselbständige Tätigkeit bei den Firmen Dornier und IBM
1970 - 1973	Selbständige Tätigkeit als Unternehmensberater
1973 - 1977	Jurastudium in Erlangen
1977 - 1979	Rechtsreferendar beim OLG Nürnberg
1979 -	Sozius einer Rechtsanwaltskanzlei in Nürnberg

COPY PRINT
Klaus Feller
Marquardsenstr. 21
8520 Erlangen
Tel.: 0 91 31 / 24 220